BIBL. NAZ.
Vitt. Emanuele III
168
C
12
NAPOLI

168
C
12

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

EMANUELIS DUNJ J. C.

DE
VETERI AC NOVO JURE
CODICILLORUM
COMMENTARIUS

Atque de Solemni Quinque Teſtium Numero in Codicillis vel Teſtamento confirmatis

ADVERSUS

JUSTUM HENNINGUM BOEHMERUM

ACCEDIT

Contraria Boehmeri diſputatio De Codicillis sine Testibus validis, additis animadverſionibus, quibus Auctor ſuo quoquo loco notatur.

AD

BENEDICTUM XIV.
PONT. MAX.

ROMÆ. CIↃIↃCCLII.

Ex Typographia Hieronymi Mainardi.
Superiorum auctoritate.

Biblioteca Nazionale Napoli
Digitized by Google

BENEDICTO XIV.
PONT. OPT. MAX.

INGENII PRÆSTANTIA ANIMI ÆQVABILITATE
MORVM SANCTITATE
NVLLI SECVNDO,
BONIS ARTIBVS INSTITVTO
AD ELOQVENTIAM FACTO
DIVINI HVMANIQVE JVRIS SCIENTIA
CONSVMMATISSIMO
PER QVEM
PROEMIO VIRTVTI ADDICTO
LITTERÆ EXCITANTVR
PRISCA CHRISTIANÆ PIETATIS DISCIPLINA
REVOCATA
MORES COMPONVNTVR
ÆQVI RECTIQVE NORMA SVSTENTATVR

EMANVEL DVNIVS
SINGVLARE HOCCE JVRIS COMMENTARIVM
VENERABVNDVS
DICAT CONSECRATQVE

Digitized by Google

Digitized by Google

EMANUEL DUNIUS CL. AC ERUDITISSIMO J. C. JOSEPHO PASCHALI CYRILLO

S.

QUod meum qualecumque opus, antequam ederem, ad te mittere auſim Cl. Vir, nolim putes id factum oſtentationis cauſſa, ut plerique ſolent, qui rerum ſuarum æſtimatione elati nunquam quieſcant, dum plauſus vel ab invitis non captaverint. Etenim non is ſum, qui neſciam, quanto in periculo verſetur, qui vel quid minimum in ſcribendo aggrediatur, præſertim in jure Civili interpretando, in quo utinam vel pauciores haberemus Interpretes, vel ſaltem diligentiores. Ingenue fateor, ut vidi graviſſimas difficultates, quæ undique mihi offerebantur in elaborando Commentario, quod propoſueram, De jure Codicillorum *eo rerum ordine, quem deprehendes, ſtatim deſiderare cœpi judicium alicujus probati viri, cujus conſilio vel acquieſcerem cogitationibus meis, vel admonitus continuo ab iis recederem; non enim incendor uſque eo amore mei, ut æquis aliorum non commovear ſuaſionibus. Igitur cogitanti mihi, cui magis rem meam jure credere poſſem, animo quidem occurrit nominis tui amplitudo: Et a quo magis, quam a te Vir Doctiſſime hoc rectius exſpectandum licuerit? Qui ſane præ ceteris politioribus litteris ea potiſſimum præſtas univerſi Juris cognitione, ut non modo Academiæ Neapolitanæ, ſed & Italiæ decus, ac ornamentum merito habearis. Hinc antequam Commentarium meum vulgarem, nil rectius agere exiſtimavi, quam te iterum, atque iterum rogare, ut, ni graveris, tuam qualemcumque mihi velis de re mea aperire ſententiam; nam facile graviſſimo, eoque*

 ſa-

ſapientiſſimo judicio tuo faſces ſubmitto ; quum nec quicquam ratum mihi umquam habere crediderim , niſi quod tu una probaveris . Mitto quæ pertinerent ad operis rationem oſtendendam , ne te fruſtra teneam , quum alioqui ex eo ipſo omnia cognoveris ; itemque intelliges , quemadmodum pro ingenii viribus ſtuduerim rem omnem , quæ Codicillorum materiam ſpectabat , tum veteri jure proditam , tum novo , in ſua quæque juris referre principia , ut ita conſequentia , quæ inde manarent , ſuum quoque fontem agnoſcerent . Vale .

Dabam Romæ VII. Kal. Aug. CIↃIↃCCLII.

JO-

Digitized by Google

JOSEPHUS PASCHALIS CYRILLUS EMMANUELI DUNIO J. C. S.

E*St ſane diu, mi Duni, quum de veteri Romanæ Juriſprudentiæ dignitate multum deceſſit. Sub finem ſeculi XVII. atque initium hujus, quod excurrit, ornando jure Civili adlaboratum a* Ger. Noodtio, *A. Schultingio, Corn. Bynkerſhoekio, ac Joſ. Averanio. Ex quo vero IIII viri iſti Juriſprudentiæ reſtituendæ commentari alia deſierunt, dilabi ea rurſus viſa eſt. Sed ecce ſubſidio nunc venit tuus* de jure Codicillorum *Liber. Ego eum, ut mihi fuit abs te redditus cum elegantiſſimis literis tuis (caſu autem redditus eſt tua, ejuſque, qui reddidit, opinione ſerius) cœpi legere diligenter, jamque ad extremam uſque plagulam perlegi. Ex eo, mihi crede, non mediocrem voluptatem, atque adeo fructum cepi: quo nomine maximas tibi gratias ago, agamque, dum vivam. Quam ornate, Deus bone, quam compoſite, quam ſubtiliter omnia pertractantur! Jam quantum eſt illud, quod §. III. cap.I. fuſe, & graviter diſputas contra Boehmerum! Locus hic unus* Commentarioli *tui eſt mihi tanti, ut immania quorumdam volumina, quæ hoc tempore in deliciis ſunt, non faciam tantidem. Ego de iſto tam acri, tam ſubacto, tam præſtanti ingenio tuo plurimum tibi gratulor, doctiſſime Dunj. Sed per ingenium iſtud tuum te rogo, atque oro, ut porro pergas Romanum jus excolere, uti occepiſti. Manent te fortaſſe multa aliorum ingeniis intentata. Vale, mi Duni.*

Neap. VII. Kal. Septembr. CIↃ IↃCCLII.

Sed egone inſalutato Centimano noſtro, cui omnia of-

ficia

Digitized by Google

ficia debeo, epiſtolam obſignem? Illi tu ſalutem a me plurimam. Expectat is meos de jure Civili Libros repetitæ prælectionis. Nihil mihi longius, quam ut edantur; caſtigant enim illos meos male conſutos Commentarios in Libros IV. Inſt. juvenile, ac pœnitendum opus. Sed me aliud de alio impedit in dies. Brevi tamen prodibunt. Accipies tu quoque, Duni, exemplar eorum, dum ne putes, velle me tibi parem gratiam referre. Iterum vale.

IM

Digitized by Google

IMPRIMATUR

Si videbitur Reveredifs. P. Mag. Sacri Palatii Apoſtolici.

F. M. De Rubeis Patr. Conſt. Viceſg.

Optandum quod maxime erat, ut perpetuo Commentario explicaretur, qualis origo, quæ ſolemnitas, & quanta prius, ac porro fuerit Codicillorum auctoritas, ſive Prudentum ſpectentur reſponſa, Principumque Conſtitutiones; ſive Pragmaticorum perſcrutentur ſubmiſſæ in foro interpretationes: vix enim aliquibus rite pauca & diſpertita, plura aliis ſine delectu, & inconſulto exciderunt: Id tandem in hoc Opuſculo de veteri ac novo jure Codicillorum Cl. V. Emanuelis Duni *concinne, & pro dignitate exaratum deprehenditur: nam eo ordine, ea ſermonis elegantia, atque ea juris ſcientia rem pertractandam, expoliendam, vindicandamque ſuſcepit Auctor ſummi ingenii, & eruditionis, ut antecesſores omnes præceſſiſſe videatur, reliquiſſe neminem, qui diligentiorem ſe exhibeat interpretem. Elegantiſſimum itaque opuſculum, in quo nihil offenditur æquo cenſore dignum, imo quod eſt rei publicæ utiliſſimum pro recto jure dicundo, interpretandove, debet, quo poterit citius, in lucem prodire; quemadmodum cenſeo etiam atque etiam, ſi id ipſum probet, cujus ſumma eſt imperandi poteſtas.*

Cajetanus Centimmanus in Romana Curia Adv.

IMPRIMATUR

Fr. Vincentius Elena Mag. Socius Reverendifs. Sacri Palatii Apoſtolici Mag. Ord. Præd.

IN-

INDEX
CAPITUM, AC §§. TOTIUS OPERIS.

CAPUT I.

DE jure Codicillorum ab Auguſto ad Conſtantini Magni ætatem. pag. 8.
§. I. *Origo Codicillorum.* 13.
§. II. *Quæ fuerit Codicillorum norma; ac quemadmodum a teſtamentorum ratione diſtinguatur.* 17.
§. III. *An veteres in Codicillis teſtium præſentiam admiſerint?* 24.
§. IV. *An Codicilli per ſcripturam tantum conficerentur, an etiam per nuncupationem?* 42.
§. V. *Quibus permiſſum eſt facere Codicillos.* 49.
§. VI. *De variis Codicillorum modis.* 51.
§. VII. *De peculiari jure cuique Codicillorum generi accommodato; ac primum de Codicillis ſine teſtamento.* 57.
§. VIII. *De teſtamentis in Codicillos ab inteſtato transformandis. Sive de clauſula, quam vocant* Codicillarem. 66.
§. IX. *De juris norma æque accommodata omnibus Codicillis ad teſtamentum pertinentibus ad differentiam Codicillorum ſine teſtamento.* 83.
§. X. *Quo jure diſtinguebantur Codicilli teſtamento confirmati a non confirmatis.* 85.
§. XI. *De Codicillis confirmatis in præteritum, aut in futurum; deque varia juris ratione inter Codicillos anteriores, ac poſteriores teſtamento.* 107.

CA-

CAPUT II.

De novo jure Codicillorum à Conſtantini Magni ætate ad Juſtinianum. 127.

§. I. Jus novum Codicillorum quantum ad ſolemnem eorum conformationem. 129.

§. II. An

§. II. An novo jure deſideretur actus ſolemnitas in Codicillis? 141.

§. III. Qui teſtes jure novo in Codicillis admittantur. 153.

§. IV. Jus novum quantum ad varia Codicillorum genera antiquitus recepta. 158.

§. Ultimus. De committenda veteri cum nova Codicillorum doctrina. 173.

DISPUTATIO CONSECTARIA.

De ſolemni quinque teſtium numero in Codicillis vel teſtamento confirmatis adverſus Juſtum Henningum Boehmerum. 184.

§. I. Summa diſputationis exponitur. 186.

§. II. Convelluntur contraria argumenta ex juris locis petita. 191.

§. III. Expenduntur rationes, quibus adverſarii exiſtimarunt ſuam tueri poſſe ſententiam. 204.

§. IV. Quid juris inter Pragmaticorum diſſidia moribus noſtris obtinuerit. Atque de teſtationibus per relationem, *ut ajunt*, ad ſchedulam. 218.

§. Ultimus. Refellitur Boehmeri ſententia quantum ad alteram ſuæ diſputationis partem. 245.

Ju-

Digitized by Google

JUSTI HENNINGI BOEHMERI

Diſputatio de Codicillis ſine teſtibus validis cum animadverſionibus, quibus Auctor ſuo quoquo loco notatur.

CAPUT I.

De Codicillis ad teſtamentum factis ſine teſtibus validis. 249.

CAPUT II.

De Codicillis ab inteſtato ſine teſtibus validis. 305.

De

Digitized by Google

DE VETERI AC NOVO JURE CODICILLORUM COMMENTARIUS

Atque de ſolemni quinque teſtium numero in Codicillis vel Teſtamento confirmatis adverſus Juſtum Henningum Boehmerum.

VEtus eſt doctorum hominum querela, quod quum Romani Juris doctrina ex Interpretum barbarie, in quam jampridem turpiter offenderat, vindicari paulatim coeperit ope elegantiorum artium ab ſublimioribus ingeniis, inque ſuam veluti nativam reſtitui ſedem; in foro tamen adducta adeo perturbate contrectetur, inter rabularum ſordes; ut quæ Romanorum juriſprudentia quum majeſtate ſua, tum præſtantia, ac gravitate ſententiarum imperaverat univerſis, non raro cogatur alienis magis ſervire deliriis, atque commentis. Hujus perturbationis cauſam qui ſerio inveſtigaverit, partim tribuet Scriptorum imperitiæ, quibus enim datum non erat in Juris Civilis ſapientiam penetrare, facile fuit ita recedere ab genuinis legum ſententiis, ut vocem veterum Juriſconſultorum aut-

Digitized by Google

adulterarentur, aut penitus corrumperent; partim vitioſæ argumentandi rationi petitæ ex futili, foedaque Arabum dialectica, atque in forum invecta: quam ſane ut primum acceperant ex ſchola Bartolina, aliiſque Bartolo æqualibus, eo deinde adduxere, ut totam fere juris doctrinam referrent verborum captionibus, fallacibuſque argutiis. Ac ſane nil magis in Juris doctrina perniciofius, quam perturbatus dialectices uſus; hinc Cicero (*a*) non aliam ob cauſam in Juris arte anteponit Servium Sulpicium Q. Scævolæ alioqui Juris peritiſſimo; niſi quod ille dialectica ceteris præſtaret: *Sic enim*, ait, *inquam Brute exiſtimo, juris civilis magnum uſum, & apud Scævolam, & apud multos fuiſſe; artem in hoc uno* (nempe Sulpicio): *quod numquam effeciſſet ipſius juris ſcientia; niſi eam præterea didiciſſet artem, quæ doceret, rem univerſam tribuere in partes, latentem explicare definiendo, obſcuram explanare interpretando: ambiguam primum videre, deinde diſtinguere, poſtremo habere regulam, qua vera & falſa judicarentur, & quæ quibus propoſitis eſſent, quæque non eſſent conſequentia*. His quoque acceſſit ipſamet Pragmaticorum inſolentia, qui, ne propriam turpitudinem ultro faterentur, haud dubitarunt crimini vertere, quicquid minus intelligerent; atque vel extenuarunt legum auctoritatem, eam nempe cauſam prætendentes; quod plurima in deſuetudinem abierint, nec noſtris moribus accommodentur; vel notarunt eruditiores Interpretes veluti obſervatores ſubtilioris doctrinæ, nimiumque cupidos rerum obſoletarum, quæ tamen aliena viderentur a quotidiano uſu forenſi-

(*a*) In Bruto.

Digitized by Google

renſi. Hinc factum, ut Juris Civilis ratio in diverſas quodammodo abiret partes; etenim qui operam omnem impenderant in perſcrutanda intima legum poteſtate, vix impetrarunt, ne ſibi tantum canerent, & muſis, ut ſuam ſaltem profiterentur doctrinam intra Accademiarum fines; ceteri vero, qui forum undique occuparunt, neglecta fere legum auctoritate, novam ſibi quamdam Juris artem compoſuerunt conflatam magis ex indigeſtis, tumultuariiſque Scriptorum opinionibus; quibus hærentes reſpuunt pene omnia, quæ afferantur ex ſanctiori juriſprudentia, præſertim ſi adverſentur Doctorum ſuorum conſiliis. Quod ſi Scriptores inter ſeſe diſſenſerint, ut ſæpe fit, definitionem magis expectant ab ampliori eorum numero, quam ut ad legum fontes recurrant; quaſi periculoſum ſit vel inter vulgaria diſſidia limpidam legis ſententiam anteponere.

Verum ea eſt rerum conditio; ut quum ſemel a recta via aberremus, ubi tandem pervenerimus, unde progredi amplius non permittatur, tum meminiſſe cogimur erroris noſtri; atque non prius mentem in illam convertere cogitamus, niſi res ipſa monuerit. Enim vero utcumque Romani Juris majeſtas oppreſſa jamdiu detineretur inter forenſes ineptias; attamen quum longo temporis curſu adeo excreverit Doctorum turba, varietaſque opinionum, ut univerſa fere Juris doctrina in diſceptationem adductâ nec amplius diſtingueretur, quid magis ſequendum ſit, quidve reſpuendum; nam vel abſurdiora ſuos agnoſcunt fautores; multoque minus liceret modum quodammodo imponere hujuſmodi tam perturbatis diſſentionibus: res plane veluti in deſperationem redacta effecit, ut noſtra ætate ubique jam cogitari coeperit de reſtituenda Juris arte in pri-

 ſti-

Digitized by Google

ſtinam ejus ſanctimoniam, eoque aliquando redire; unde Forum inconſulte diſceſſerat. Experientia enim compertum eſt, ut quo majori ſtudio forenſes Scriptores hactenus elaborarint in tranſcribendis, colligendiſque jejunis Pragmaticorum ſententiis, eo implicatior factus ſit earum uſus; utpote quæ avulſæ a ſuis principiis, nec ſibimet conſtare poſſunt, nec regulas umquam conſtituent, ad quas referri commode valeat varietas quotidianarum quæſtionum. Itaque in tanta opinionum confuſione rectius facere exiſtimant doctiſſimi noſtri cauſarum patroni, quum neglectis Pragmaticorum figmentis non raro confugiant ad ſincera Juris principia, quæ nec amplius abhorrent; quin quotidie tentare conantur, ut res forenſis in meliorem viam remittatur. Quod etſi nequeat obtineri uno virium impetu, cui quidem reſiſtit tum vetuſtiſſima contraria conſuetudo, tum imperitorum perfidia, haud tamen animum demittunt; ſed paulatim ſi non aperta, demiſſa ſaltem voce promere ſtudent ſolidiora, ut ita re ſenſim procedente nova aliquando reddatur vita Juriſprudentiæ forenſi.

Hæc autem Juris reſtauratio, quæ noſtro ævo ſumma cum laude excitari coepit vel in forenſibus controverſiis, quo plurimum utilitatis afferre poteſt, eo majoribus ſubeſt difficultatibus quantum ad rectum illius uſum. Etenim plura ſunt, quæ non ita facili negotio expleri poſſunt; ſive exprimenda ſit mens genuina veterum Juriſconſultorum, ſive committenda veteris Juris obſervatio cum novis Imperatorum decretis; ſive denique perducenda veterum inſtituta ad noſtros mores: quod ſane nec temere, nec ſine ſeria meditatione habebitur, ac potiſſimum ſine

pu-

Digitized by Google

purioris dialectices uſu. Falſo quidem ſibi perſuaſerint, qui vel nuda Juris Romani lectione, vel non perſpecta varia Jurisprudentiæ ætate, variiſque proinde ejus principiis, vel minime informati cultioribus litteris, acceſſerint ad legum interpretationem; quum Romanæ Leges non fuerint è trivio ſumtæ, ſed ductæ ex honeſtate naturæ, atque educatæ inter abſtruſiores Philoſophiæ contemplationes, formam veluti receperunt ab univerſa Romanorum ſapientia. Atque nihil magis hodie verendnm videtur, quam ubi vitare ſtudeant falſa Pragmaticorum dogmata, in ſua incidant, eaque abſurdiora, quæ tamen nata ex corrupta legum interpretatione, ſæpiſſime non tam Doctoribus, quam legibus ipſis tribuuntur; quaſi impune liceat errorem ſuum legum ſententiis adſcribere.

Atque huc, ni fallor, referre crediderim ſpecioſam quamdam diſputationem editam a Juſto Henningo Boehmero *de codicillis ſine teſtibus validis*; quamque noviſſimo loco refutandam ſuſcepimus. Is quidem alioqui eruditiſſimus, at leviter fortaſſe verſatus in Jure Civili, ut falſam aſſertionem, quam ſumit, legum ſententiis tueretur, ſæpe corrumpit ſinceram illarum intelligentiam; quin verbis magis inſiſtens, quam rebus, nova quædam protulit Juris principia, ut non modo in propoſita quæſtione turpiter tandem cogatur cum Pragmaticorum deliramentis ineptire, ſed repetita codicillorum doctrina a veteri Jure; quum nec recte, nec ſatis attigiſſet differentiam inter Jus vetus, ac novum, utriuſque rationem neceſſario pervertit; indeque carpit, quod ad rem ſuam conducat. Summa quidem quæſtionis a Boehmero excitatæ ita ſe habet: Quoniam ex vulgata conſtitutione, quæ proſtat in L. ult. §. ult.

Digitized by Google

ult. C. de codicillis ſtatuitur ſolemnis numerus quinque teſtium in quavis ſuprema voluntate præter teſtamentum, credidit Boehmerus, hanc Imperatoris legem non ita generalem eſſe, ut transferri poſſit ad cujuſvis generis codicillos. Diſtinguit porro codicillos teſtamento confirmatos, puta ſi teſtator ita caverit teſtamento: *quos codicillos, ſive ſchedulas* (ut vulgo appellant) *ſcripſi, vel ſcripſero, vel reliquero, ratos eſſe volo tamquam teſtamenti partes*, a ceteris, quorum nulla habeatur mentio in teſtamento; in his quidem admittit numerum quinque teſtium; in illis vero haud neceſſariam putat hujuſmodi teſtium adhibitionem; propterea quod ob eorum confirmationem in teſtamento habitam (quam tamen Pragmatici appellarunt *voluntatis declarationem per relationem ad ſchedulam*) ſatis conſultum ſit illorum ſolemnitati; quum ipſa teſtamenti ſolemnitas ad codicillos referatur.

Ut autem vidi hanc Boehmeri diſputationem, etſi principio ſtatueram quæſtioni tantummodo incumbere; quum nil magis abſonum dici poſſit, quam ut ſolemnitas unius ſcripturæ ad alteram transferretur, nec magis alienum ab Imperatoris conſilio, quam excipere codicillos teſtamento confirmatos a generali ejus ſanctione de ſolemni quinque teſtium numero; nihilominus quum animadverterim operis progreſſu, rem integre confici non poſſe, niſi quædam neceſſario repeterentur a primæva codicillorum natura, tum a nova eorum indole præſcripta ab Imperatoribus Juſtiniano proximioribus, præſertim ut ita rectius convellerentur Boehmeri argumentationes, immutato conſilio rem omnem duxi aggrediendam, quæ ad codicillorum materiam pertineret; atque pro ingenii viribus abſolutam per-

Digitized by Google

pertractationem inſtituere de jure codicillorum tum veteri, tum novo. Quod poſtquam expediverim, faciliori via ingredi liceat quæſtionem peculiarem Boehmeri, quæ ſane ipſam codicillorum rationem conſequitur. Plane inter tot præſtantiſſimos Juriſconſultos, qui Jus Civile explicarunt, neminem adhuc deprehendi, qui codicillorum materiam plenius, abſoluteque complectatur; quum potiſſimum ſatis habuerint attingere, quod Juſtinianus prodidit in ſuis inſtitutionibus. Vel ipſe ſummus Cujacius, qui unus omnia fere docuit, pauca quidem monuit de jure codicillorum, nec ſatis diſtincta; ut haud inutile putaverim pro varia eaque ſparſim diſſeminata codicillorum doctrina tum in mutilis veterum Juriſconſultorum libris, quos Tribonianus nobis reliquit, tum in Codicibus Imperialibus commentarium conficere, quo ſimul Jus vetus, ac novum omnino cognoſceremus. Quo ſane vertitur potiſſima Boehmeri hallucinatio; quum in propoſita diſputatione, quæ Jus novum ſpectaverat, probationes petierit ex Pandectarum libris, quaſi veterum ſententiæ intendere potuerint in poſteriores leges. Quare, ne pluribus immorer, rem omnem hoc ordine expediam: Primo ſermonem habebimus de jure codicillorum ab Auguſti ætate, quum primum eorum jus invaluit ad Conſtantini Magni uſque tempora; qua ætate una fere, eademque juris ratio in illis ſtatui poteſt. Tum videbimus quicquid immutatum fuerit ab Imperatoribus ab Conſtantini ævo ad collectionem Juſtinianeam, quod ſane ad jus novum retulimus; quo pacto perſpiciemus quid antiquatum ſit, quidve manſerit ex veteri jure, quod cum novo recte conveniat. Quibus expoſitis Boehmeri ſententiam inſectabimur; ibique nedum expendemus ejus ar-

gu-

Digitized by Google

gumenta, ſed una complectemur quicquid hac de re ſenſerint tum juris Interpretes, tum ſchola forenſis; quin nec pigebit deſcendere ad ea, quæ moribus recepta ſunt, quod profecto percipiemus ex receptis ſententiis, quas comprobarint præcipui Italiæ Senatus, potiſſimum Sacra Rota Romana ſuis quotidianis decretis. Ne autem Lectores fraudentur ipſamet Boehmeri voce ultimo loco ejus quoque diſputationem hic adjungendam duximus; præſertim quum hæc edita non reperiatur inter cetera ejus ſcripta: cui tamen adnotationes adjecimus, quibus ſuo quoquo loco Auctor notatur.

CAPUT I.

De Jure Codicillorum ab Auguſto ad Conſtantini Magni ætatem.

I. Codicillorum nomen a *Codicibus*, ſive *Caudicibus* ductum eſt, veluti parvi Codices (*a*). *Caudex* autem, & exinde *Codex*, qui latine proprie lignum ſignificat, pro tabulis ſimul junctis accipiebatur. Ita Nonius (*b*): *Quod antiqui plures tabulas conjunctas Codices dicebant; a quo in Tiberi naves Codicarias appellamus*. Quum autem veteres in tabulis ſcribere conſueviſſent; hinc factum, ut tabulæ ſimul junctæ ad ſcriptionis uſum accommodatæ *Codicis* quoque vocem retinerent. Ait Seneca (*c*): *Plurium tabularum contextus Caudex apud antiquos vocabatur; & naves nunc quoque, quæ ex antiqua conſuetudine per Tiberim com-*

(*a*) Hotom. 4. obſer. 1. (*b*) Ex Varronis libro 3. de vita pop. Rom. (*c*) De brevitate vitæ cap. 13.

Digitized by Google

commeatus ſubvehunt, *Caudicariæ vocantur*. *Tabula* vero apud Latinos, ut ſentit omnigena eruditione Cl. Alexius Symmachus Mazochius (*a*) *laminam ſignificat ex quavis materia tum dura, ut ex marmore, metallo, ebore, ligno; tum molliore, ut ex papyro, membrana, rebus aliis*. Quo ſane ſpectat Ulpiani ſententia (*b*): *Tabulas teſtamenti accipere debemus omnem materiæ figuram* (id eſt ſpeciem). *Sive igitur tabulæ ſint ligneæ, ſive cujuſcumque alterius materiæ, ſive chartæ, ſive membranæ ſint, vel ſi è corio alicujus animalis, tabulæ recte dicentur*. Et Paulus (*c*): *Tabularum autem appellatione chartæ quoque, & membranæ continentur*. Martialis etiam mentionem habet tabellæ membranaceæ; quo perſpicuum fit, ut ſtrata omnia ad ſignandas literas idonea cujuſvis materiæ eſſent, ſive durioris, ſive mollioris, *tabularum*, vel *tabellarum* nomine veteres ſignificarent. Quamquam autem *Codices* ex tabulis ſimul junctis conficerentur, uti & *Volumina*; diſtinguebantur tamen *Codices* a *Voluminibus*, ut arbitratur idem Mazochius (*d*), quoad modum, quo tabulæ variæ digeſtæ erant, atque ordinatæ; nam liber in cylindri modum convolutus *volumen* proprie dicebatur; quum nempe *plagulæ ſive ſchedæ una deinceps poſt aliam in unam ſuperficiem oblongam invicem adglutinatæ, poſtremo in ſcapum convolverentur, ut teres volumen exiſteret*. Codex vero conficiebatur inſtar librorum, quibus hodiè utimur; ita ut *paginæ ex una parte in uno communi cardine ſimul junctæ, ex altera ſolutæ, aperiri, ac rurſum plicari poſſent*. Quæ *Codicis*, ac voluminis

 diffe-

(*a*) Epiſt. ad Eminentiſſimum Quirinum de Dypticho Quiriniano, & Brixiano.
(*b*) L. 1. de bonor. poſſeſ. ſec. tab.
(*c*) Recept. ſenten. lib. 4. tit. 7. §. 6.
(*d*) loc. cit.

differentia luculenter comprobatur ex Paulo (*a*), & Ulpiano (*b*).

II. Perſpecta Codicis ſignificatione tum quoad variam tabularum materiam, tum quoad modum, quo tabulæ ſimul jungerentur, facile *codicillorum* quoque formam intelligimus, qui parvi codices erant. Codices quidem componebantur tabulis grandioribus; codicilli vero brevioribus, atque paucioribus. Itaque tabellæ in codicis modum compactæ, quæ tamen ceratæ erant, ac ſtylo exarabantur, codicilli proprie dicti ſunt; atque hinc Ulpianus (*c*) codicillos *ceratos* nominavit; quemadmodum tabellæ ceratæ, quæ ad pugillum eſſent, ac pugillo tractarentur, *pugillares* appellatæ ſunt. Hujuſmodi autem tabellæ ceratæ, ſive codicilli tum quod deletitiæ erant, tum quod ad ſcriptionis uſum promtiores haberentur tabellis membranaceis, vel papyraceis, quæ & atramenti, aut rubricæ, & calami exigunt miniſterium, adhibebantur idcirco, vel quum quid conſiderate ſcribi oporteret, quod poſtea mundum redderetur ab amanuenſi; vel in re ſubita, ubi charta, & atramentum deeſſet (*d*). Quo ſpectat illud Ciceronis (*e*): *Accubueram hora nona; quum ad te harum exemplum in codicillis exaravi*: ſcripſerat quidem ipſemet prius in

(*a*) Recept. ſent. lib. 3. tit. 6. §. 87. *Libris legatis, chartæ volumina, vel membranæ, & philuræ continentur. Codices quoque debentur: librorum enim appellatione non volumina chartarum, ſed ſcripturæ modus, qui certo fine concluditur, æſtimatur.*

(*b*) L. 52. de legatis 3. *Librorum appellatione continentur omnia volumina, ſive in charta, ſive in membrana ſint, ſive in quavis alia materia. Sed & ſi in philura, & in tilia, (ut nonnulli conficiunt) idem erit dicendum. Quod ſi in codicibus ſit membraneis, vel chartaceis, vel etiam eboreis, vel alterius materiæ, vel in ceratis codicillis, an debeantur legata videamus? Et Cajus Caſſius ſcribit deveri & membranas libris legatis: conſequenter igitur cetera quoque debebuntur.*

(*c*) cit. L. 52. de legatis 3.

(*d*) Aldus Manutius de quæſitis per epiſtolam ad Muretum, & Mazochius loc. cit.

(*e*) Lib. 9. epiſt. famil. ult.

Digitized by Google

in codicillis, ſive in tabellis ceratis illius epiſtolæ exemplum, quod mundum deinde de more miſit. Interdum & ipſi codicilli mittebantur; quum præſertim properato opus eſſet. Ita Sulpicius (*a*): *Quum non longe a Piræo abeſſem, puer Acidini mihi obviam venit cum codicillis, in quibus erat ſcriptum; paulo ante lucem Marcellum diem ſuum obiiſſe*; in re enim tam ſubita, quod de Marcelli morte nuntiaretur, ipſi codicilli miſſi ſunt. Et Cicero (*b*): *ſimul accepi a Seleuco tuas litteras, STATIM quæſivi e Balbo per codicillos, quid eſſet in lege.* Itaque vel quum ſubitanea res urgeret; vel quum commodum magis eſſet uti tabellis ceratis ad ſcriptionem, quicquid his ſcribebatur, codicillorum nomine veteres appellabant. Hinc Seneca (*c*) codicillos quoque vocat eas epiſtolas, quæ fiunt inter præſentes; propterea quod tabellis ceratis ſcriberentur: *Video te, mi Lucili, quum maxime audio, adeo tecum ſum; ut dubitem, an incipiam non epiſtolas, ſed codicillos tibi ſcribere*. Quare egregie hic fallitur Boehmerus (*d*), quum voluit, idem prorſus fuiſſe apud Latinos epiſtolas, ac codicillos; propterea quod promiſcue quandoque uſurpaverint vocem vel epiſtolarum, vel codicillorum; hoc enim omnino falſum eſt; ſed quicquid ſtylo exarabatur in tabellis ceratis, ſive epiſtolam contineret, ſive orationes, ſive poemata, ſive quid aliud, codicilli æque ſemper dicebantur, habita ratione non ipſius operis, ſed tum materiæ, in qua ſcribebatur, tum modi, quo tabellæ ſimul jungerentur. Hinc Plinius (*e*) codicillos quoque appellat ar-

(*a*) Ex Tullio 4. epiſt. famil. 12.
(*b*) 6. Epiſt. famil. 18.
(*c*) Epiſt. 55.
(*d*) Cap. 1. ſuæ diſputationis §. 3. & ſeq.
(*e*) Lib. 3. epiſt. 18. *Cepi non mediocrem voluptatem, quod hunc librum cum amicis recitare voluiſſem, non per codicillos, non per libellos; ſed ſi commodum eſſet, & ſi valde vacares, admoniti .... convenerunt.*

argumenta, vel exemplaria orationis, quæ interdum domi mittebantur auditoribus, vel in ipſis auditoriis diſtribuerentur (*a*). Nec mirum, quod epiſtolas veteres quandoque codicillos appellarint; quum enim ipſi codicilli mitterentur, tum epiſtolarum nomen adſciverant ea de cauſſa, quod epiſtola ſcripta erat in hujuſmodi tabellis; at falſo inde conficies, aliud non fuiſſe codicillos, quam epiſtolas, quaſi codicillorum nomen ad epiſtolas tantummodo referretur; quum contra quicquid ſcriptum eſſet in tabellis ceratis, æque codicilli dicebantur. Qua eadem ratione Principum diplomata poſterior ætas codicillos quoque appellavit (*b*). Hactenus de latina codicillorum ſignificatione.

III. Juriſconſulti vero codicillorum nomen accommodarunt ei ſupremæ hominis voluntati, ſive is teſtatus, ſive inteſtatus decedat, cui ad differentiam teſtamenti juris deſint ſolemnia. Hujuſmodi autem voluntas quum principio perſcriberetur in tabellis ceratis, tamquam expeditioribus in re ſubita, potiſſimum ipſa Teſtatoris manu, ne ulli pateret, merito codicillorum nomine donata eſt. Quemadmodum ſolemnis teſtamenti tabulas Ulpianus (*c*) Codices appellavit, quod ſcriberentur in tabulis grandioribus; hinc Juvenalis (*d*).

. . . . nam Codice ſævo
Heredes vetat eſſe ſuos . . .

Et quidem in teſtamentis neceſſario adhibebantur tabu-

(*a*) Bernardinus Ferrarius lib. 3. de veterum acclamationibus, & plauſu cap. 3. *Libelli porro iſti, & codicilli aliud nihil erant, ut ego quidem arbitror, quam orationis, aut recitationis habendæ, vel argumenta, vel exemplaria auditoribus domi interdum, interdum in Auditoriis ipſis diſtributa.*

(*b*) Inſt. lib. 1. tit. 12. §. 4. l. 41. de excuſationibus &c. & l. 1. C. ut omnes Judices &c.

(*c*) L. 1 §. 6. de bon. poſſeſ. ſec. tab.

(*d*) Sat. 10. ver. 236.

bulæ grandiores, quod plurima capita continebant, teſtiumque ſubſcriptiones adeſſe oporteret. At codicilli brevioribus, paucioribuſque conficiebantur tabellis eam nempe ob cauſſam, ut recte arbitratur Hotomanus (*a*), *ut facile quo cuique commodum eſſet, circumferri, & in ſinu geſtari poſſent*. Juriſconſulti igitur ut diſtinguerent ſolemnem teſtatoris voluntatem a minus ſolemni codicillos hanc dixere plurativo numero, teſteCajo (*b*), retenta nimirum vocabuli originatione; quamquam & ſingulari numero codicillum interdum legimus uſurpatum majoris demonſtrationis cauſſa (*c*).

§. I.

Origo Codicillorum.

I. QUæ teſtandi poteſtas apud Romanos populi primum auctoritate comprobata, tum jure XII. tabularum cuique Patrifamilias conceſſa eſt; ea profecto non ſecus jure admittebatur, ac ſi certo, ſolemnique ritu omnino celebraretur: qua de cauſſa ſuprema Teſtatoris judicia *juſtam ſententiam* (*d*), ſive *juſtam conteſtationem* (*e*) Juriſconſulti dixere. Et quamquam vel ritu quodammodo commutato, vel nimia Juris ſubtilitate paulatim ſeneſcente Prætoris præſertim beneficio facilior deinde præberetur civibus teſtandi ratio; hæc tamen ad Auguſti ætatem numquam Juris caruit ſolemnibus, ſuamque conſtanter retinuit ſolemnem formam; ne aliter in leges offenderetur. Primus autem Auguſtus inſignem quidem immutationem ab ve-

(*a*) Inſt. lib. 2. tit. ult. de codicillis.

(*b*) L. 48. de verb. ſignif. *Hæc enim enunciatio habet liberos, non habet liberos ſemper plurativo numero profertur, ſicut & Pugillares, & Codicilli.*

(*c*) L. 38. de conditionib. & demonſtr. l. 19. de jure codicillorum, & l. 14. C. de teſtamentis.

(*d*) L. 1. qui teſtamenta facere poſſunt.

(*e*) Ulpianus tit. 20. §. 1.

ab veteri obſervatione invexit in re teſtamentaria . Etenim eo auctore introduci coepit & jus codicillorum , quod prorſus erat ignotum , atque neceſſaria fideicommiſſorum præſtatio , quæ prius hæredis tantum pendebat arbitrio . Quæ duo ſumma capita fuere , ut veteribus regulis quodammodo conturbatis nova veluti hac in re prodiret juriſprudentia , ſive ſpectemus fideicommiſſorum rationem , quæ vel nuda teſtatoris voluntate conſtabant (*a*) ; ſive codicillorum , qui re quidem ipſa novam teſtandi formam præbuere . Originem autem codicillorum ita exponit Juſtinianus (*b*) . Quidam Lentulus in Africa decedens codicillos reliquerat teſtamento confirmatos, in quibus ab Auguſto quid per fideicommiſſum petiit , itemque a filia cohærede quædam legata reliquit . Placuit autem Auguſto Lentuli potius voluntatem ſequi , quam legis rigorem ; atque agnoſcens fideicommiſſum in codicillis relictum exemplo fuit , ut & Lentuli filia legata quoque præſtaret . Tum Prudentibus convocatis in conſilium eos adhibuit Auguſtus , ut cognoſcerent, an codicillorum uſus admitti poſſet; quos inter Trebatium fertur , ſummæ tum auctoritatis eatenus eos adprobaſſe ; *quod diceret utiliſſimum , & neceſſarium hoc civibus eſſe propter magnas & longas peregrinationes ; ubi ſi quis teſtamentum facere non poſſet , tamen codicillos poſſet* . Primum quidem , ut recte putat Hotomanus (*c*), civibus tantum extra Italiam degentibus permitti coepit hæc nova teſtandi ratio . Etenim quum iis non facile præberetur ſufficientium teſtium copia , qui cives Romani omnino eſſe debebant in teſtamentorum confectione ; æquius idcirco exiſtimavit Trebatius , ſi per codicillos ſal-
tem

(*a*) Ulpianus tit. 25. §. 1. (*b*) Inſt. lib. 2. tit. ult. (*c*) Inſt. loco cit.

tem poſſent ſuam declarare voluntatem ſine Juris ſolemnibus. Durum quidem videbatur tot meritiſſimos cives vel inteſtatos pati morituros, vel teſtamento facto ob teſtium inopiam non valere quid addere, vel immutare in ſupremo vitæ momento. Haud diſſimilem video æquitatis rationem, quum antiquato teſtamentorum uſu in comitiis concederetur tandem jure decemvirali libera cuique teſtandi facultas, ut magis placuerit. Quum enim ſæpe fieret, ut vel morbo correpti, antequam comitia haberentur, inteſtati decedebant; vel ſemel in comitiis teſtati prius mortem obire cogebantur, quam ut noviſſimam promere poſſent voluntatem ob comitiorum raritatem; æqua ratio ſuaſit, ut excuſſa comitiorum neceſſitate, quo magis vellent, ſua conderent teſtamenta.

II. Verum res parvis fortaſſe ducta principiis, ut ſolet, paulatim undequaque propagari coepiſſe credibile eſt; atque utcumque principio jus codicillorum civibus tantum præberetur peregrinantibus, vix ſtetit, quin ad ceteros poſtmodum cives perduceretur vel in Urbe commorantes. Huc ſane ſpectare exiſtimaverim illa Juſtiniani verba: *Poſt quæ tempora quum & Labeo codicillos feciſſet, jam nemini dubium erat, quin codicilli jure optimo admitterentur.* Plane ante Labeonis codicillos adhuc vacillabat in Urbe præſertim eorum uſus; quum revera cauſſa non eſſet, cur recederetur ab juris obſervatione, ubi non deerat teſtium copia juxta Trebatii ſententiam; ac propterea qui majorum inſtitutis hærebant, non facile eorum introductionem patiebantur. Sed poſtquam Labeo codicillos ſcripſiſſet, tanti Juriſconſulti auctoritas eo valuit, ut illius exemplo nemo amplius auderet de optimo codicillorum jure dubitare.

Is ſa-

Is ſane fuit Antiſtius Labeo Trebatij diſcipulus, atque princeps ſectæ Proculianæ; qui non tam perſeverabat in ea, quæ ſibi tradita fuerant, ſed, ut inquit Pomponius, (*a*) *ingenii qualitate, & fiducia doctrinæ plurima innovare inſtituit*. Quare quemadmodum Auguſti exemplum effecerat, ut codicillorum jus introduceretur ſaltem pro civibus, qui procul ab Urbe vagarent: ita poſtea ſumma Labeonis auctoritate cunctis omnino patuit illorum uſus, qui proinde verſus eſt in aſſiduam jurisdictionem.

III. Recepto igitur codicillorum jure apud Romanos opera præſertim Juriſconſultorum, qui & ſuaſionibus, & exemplo illos commendaverant, oportebat eorum quoque ſapientia, atque conſilio certas præſcribi Juris regulas, certamque normam, intra quarum fines regerentur; ſive propriam Juris rationem conſtitui, qua eos ita tuerentur, ut tamen in leges aperte non offenderent, ne novi Juris introductione in re teſtamentaria vetus læderetur obſervatio, legeſque moribus abrogari viderentur; quod ſane Romanorum religio non patiebatur. Hinc manavit quoddam peculiare jus codicillorum ex Juriſconſultorum doctrina potiſſimum profectum, quodque veluti per manus tradebatur (*b*), ſuiſque ſcriptis Juriſconſulti attigerunt; quin Paulus librum ſingularem conſcripſit de jure codicillorum, ut apparet ex quarumdam legum inſcriptione, quas Tribonianus retulit in Pandectis (*c*). Stetit autem diu hoc Jus ſub iiſdem fere regulis uſque ad Conſtantini Magni ætatem: quum tandem tum teſtamentorum, tum codicillorum ratio coepit quodammodo variare ab veteri obſer-

(*a*) L. 2. §. 47. de origine Juris.
(*b*) Vide l. 10. de jure codicillorum.
(*c*) Vide inſcriptionem legis 8. de jure codicillorum.

obſervatione. Et quamquam Tribonianus in Pandectarum collectione plura reliquerit ex veterum Juriſconſultorum ſententiis, licet non integra, ac mutila; quicquid tamen undique colligere licuit, unum in locum hic conferre duximus, ut ita deprehendamus variam codicillorum ætatem, variaſque proinde Juris regulas. Quod, ut ſervato ordine pertractetur, primum eſt, ut videamus ea rerum capita, quæ generaliora ſunt, quibuſque veluti communibus cujuſvis generis codicillis confertur, vel diſtinguitur eorum ratio ab jure teſtamentorum; deinde gradum faciemus ad peculiares codicillorum modos, quibus inter ſe ſe diſcriminantur.

§. I I.

Quæ fuerit Codicillorum norma; ac quemadmodum a teſtamentorum ratione diſtinguatur.

I. PLacuit Græcis Interpretibus deſcribere codicillos tamquam *teſtamenti ſupplementum* (*a*), *aut correctio* (*b*); propterea quod teſtatores vel corrigunt, vel ſupplent in codicillis quod in teſtamento caverant, vel omiſerint. Vitioſa quidem eſt hujuſmodi deſcriptio; quum in codicillis ab inteſtato nec corrigatur, nec ſuppleatur teſtamentum. Rectius Cujacius definit (*c*): *Codicillus eſt teſtati, vel inteſtati voluntas minus ſolemnis*; quicquid enim

(*a*) Theophilus inſt. lib. 2. tit. 25. de codicillis: & in Baſilicorum lib. 36. tit. 1.

(*b*) Harmenopulus lib. 5. tit. 7. §. 3.

(*c*) Tract. 2. ad Africanum ad l. 15. de jure codicillorum.

enim morientibus permittebatur relinquere ſine ulla ſolemnitate, id veteres ad codicillorum naturam referebant, ſive teſtati, ſive inteſtati deceſſiſſent. Ne autem hujuſmodi non ſolemnis voluntas cum teſtamentis confunderetur, Juriſconſulti adſcripſerunt generaliter omnibus codicillis quaſdam communes leges, certoſque fines, quos prætergredi non liceret; ut ita diſtingueretur jus codicillorum a ſolemnis teſtamenti ratione (*a*); nam alioqui *fidem*, inquit, Coſtantinus (*b*), *codicilli, quod teſtamenta poſſent, cur diverſum his inſtrumentis vocabulum mandaretur, quæ vis ac poteſtas una ſociaſſet*? Teſtamenta porro ex lege, codicilli vero ex moribus deſcenderant; ac proinde fieri non poterat, quin lex læderetur, ſi quod potiſſimum teſtamenti cauſſam efficit, tribueretur quoque codicillis.

II. Quoniam autem præcipua teſtamentorum ratio verſatur in hereditatis datione, quæ tribus tantummodo verbis explicata, ut monet Ulpianus (*c*), ſatis eſt, ut teſtamentum jure habeatur, non immerito id negatum eſt codicillis. Tradita ergo eſt prima Juris regula, Hereditatem nempe codicillis neque dari, neque adimi poſſe tum in primo, tum ulteriori inſtitutionis gradu (*d*); quum eadem ſit cauſſa dationis, ac ademtionis, tum quoad inſtitutos, tum ſubſtitutos (*e*). Addit hic Papinianus alteram rationem, qua hujuſmodi datio, & ademtio hereditatis codicillis vetabatur; quæ tamen ſpectat eos dumtaxat codicillos, qui teſtamento facto conficiuntur: *ne*, ut inquit

(*a*) Juſtinianus inſt. lib. 2. tit. ult. §. 2. L. 12. de jure codicillorum.
(*b*) L. 7. C. de codicillis.
(*c*) L. 1. §. 3. de heredibus inſtituendis.
(*d*) Inſt. loc. cit. l. 76. ad S. C. Trebell.
(*e*) L. 27. §. 1. de conditionibus inſtitutionum.

quit (*a*), *per codicillos, qui ex teſtamento valerent, ipſum teſtamentum, quod vires per inſtitutionem heredum accipit, confirmari videretur*. Pendet hæc Papiniani ſententia ab illo Juris principio; quod codicilli ad teſtamentum facti conſiderarentur tamquam illius partes, vireſque ſuas ex teſtamento caperent, quod tamen latius infra apparebit. Hoc admiſſo abſurdum videbatur Papiniano, permiſſa hereditatis datione in codicillis teſtamentum ipſum quaſi per codicillos confirmari; quum alioqui teſtamenta conſiſtant per heredis inſtitutionem (*b*). His conſequens eſt, nec exheredationem codicillis ſcribi poſſe (*c*). Etenim *inter cetera*, ut inquit Cajus (*d*), *quæ ad ordinanda teſtamenta neceſſario deſiderantur*, *PRINCIPALE jus eſt de liberis heredibus inſtituendis, vel exheredandis*; ac propterea quum in perſona liberorum æque cadat vel inſtitutio, vel exheredatio, par idcirco in utraque Juris ratio conſideratur. Demum, quod ex eodem fluit principio, nec conditio adjici poteſt in codicillis inſtitutioni pure datæ in teſtamento (*e*). Plane conditionis adjectio naturam ſequitur dationis, ac ademtionis hereditatis; atque ut eleganter ait Modeſtinus (*f*), qui conditionem inſtitutioni adjicit, is certe *in defectu conditionis de ademtione hereditatis cogitaſſe intelligitur*; datio enim hereditatis ſub conditione neceſſario ademtionem quoque continere videtur. Hæc quidem in codicillis Paganorum; Militibus vero, quibus extra Juris regulas conceſſum eſt teſtari, quomodo magis ve-

(*a*) cit. L. 10. de jure codicill.

(*b*) Vide Cujacium lib. 15. quæſtionum Papiniani ad cit. l. 10. de jure codicill.

(*c*) Inſt. loco cit.

(*d*) L. 30. de liberis, & poſtumis &c.

(*e*) L. 6. de jure codicill.

(*f*) L. 27. §. 1. de conditionibus inſtit.

velint, ac poſſint (a), quicquid ceteris permittitur dumtaxat in teſtamento ſolemni, id placuit omnino remitti; ita ut milites recte dare, vel adimere poſſint hereditatem tum in teſtamentis, tum in codicillis (b).

III. Verum quod hactenus ex Juris Civilis rigore codicillis veteres negarunt, ne teſtamentorum leges ſubverterentur, admiſſa tamen Auguſti quoque auctoritate neceſſaria fideicommiſſorum præſtatione, quæ antea ſola heredis fide conſtabant, factum eſt propterea, ut quod codicillis una via vetabatur, altera concederetur. Ac ſane quum fideicommiſſa non ex legibus, ſed ex moribus quoque profecta, rigorem idcirco Juris Civilis non ſequerentur; ſatius putarunt Juriſconſulti, ſi quod Juris rigori repugnaret, in fideicommiſſi cauſſam converſum admitterent: & ita, ut principio innuimus, res teſtamentaria partim codicillorum introductione, partim obducta benigna fideicommiſſorum ratione non parum declinavit Auguſti ætate a veteris Juris obſervatione ſine expreſſa legum offenſione. Hinc conſtituta ſumma diſcriminis cauſſa inter ea, quæ verbis directis, ſive civilibus relinquerentur, ac precativis, ſive fideicommiſſariis; quæ datio, & ademtio hereditatis verbis civilibus concepta jure codicillis negabatur, eadem permiſſa eſt verbis precativis relicta, ſive per fideicommiſſum: ideoque ita reſcripſit Imperator Philippus (c): *Hereditatem quidem neque dari, neque adimi codicillis poſſe manifeſtum eſt. Verbis tamen precariis per hujuſmodi etiam noviſſimi judicii ordinationem iura non faciunt irritas voluntates. Unde inefficaciter te codicillis rogatam*

(a) L. 24. & 40. de teſtamento militis.

(b) L. 36. eodem.

(c) L. 2. C. de codicillis.

gatam eſſe, ut quibuſdam rebus contenta portionem, quam teſtamento fueras conſequuta, aliis reſtitueres, falſo tibi perſuaſum eſt. Neque hoc invadere teſtamentorum leges videbatur: quum enim fideicommiſſa haberentur tamquam extra Juris Civilis rigorem, nec hereditatis datio Jure Civili permittebatur, niſi verbis civilibus ac imperativis; modum quidem excogitarunt, quo legibus, moribuſque una ſervirent. Qui ergo lege teſtari vellet, is profecto cogebatur imperativo modo hereditatem dare, vel adimere in ſolemni teſtamento; qui vero moribus, ſatis erat precative eam relinquere vel in codicillis; ut ita, dum mores ſequerentur, in legem non offenderent. Et quamquam diverſa formularum conceptione idem prorſus videretur codicillis negari, atque permitti: hoc nihilominus intererat, ut quarta detraheretur in fideicommiſſaria hereditate, non autem in directa; idcirco ait Julianus(a): *Hereditas teſtamento inutiliter data, non poteſt codicillis quaſi hereditas confirmari: ſed ex fideicommiſſo petitur ſalva ratione legis Falcidiæ.* Suavis autem eſt Boehmerus(b), quum ideo credit in codicillis admiſſam hereditatis dationem per fideicommiſſum, non item directam; quod codicilli epiſtolarum more conficerentur. Qui autem epiſtolas ſcribit, rogat, non præcipit; indeque natum arbitratur, ut non niſi per fideicommiſſum hereditates codicillis relinquerentur; quia revera hi conciperentur epiſtolarum more magis precativo, quam imperativo. Quid putidius tanto viro excidere poterat? Quid quæſo Juris ratio cum epiſtolis commune habet? An Rhetores, epiſtolaſque ſcribendi præceptores Romano umquam Juri præ-

(a) L. 2. §. ult. de jure codicillorum. (b) Cap. 1. ſuæ diſp. §. 11.

præfuerint ? Falſo quidem arbitratur , ut vidimus , quum unam fecit codicillorum,ac epiſtolarum rationem ; ſed turpiter decipitur , quum cauſſam fideicommiſſariæ hereditatis in codicillis agnoſcit ab epiſtolarum forma . Legata quidem directis verbis concipiebantur , eaque codicillis relicta jure conſtabant ; cur ergo valerent codicilli in legatorum datione verbis imperativis concepti ? Quonam pacto legata cum epiſtolarum more convenient ? An legare idem fuerit , ac precari ? Sed hæc latius infra .

IV. Altera Juris regula, qua codicillorum ratio a teſtamentis diſtinguitur , ita ſe habet : Jus Civile non patitur quem decedere pluribus teſtamentis relictis , licet plura exempla, ſive codices unius teſtamenti recte ſcribantur (*a*): prius enim teſtamentum rumpitur per poſterius (*b*) ; ita ut noviſſimum priora ſubvertat . Quicquid autem Heineccio (*c*) placuerit , id nimirum proceſſiſſe ex teſtamentorum origine, quæ in comitiis legis modo juberentur, ac proinde ut noviſſima lex priores abrogat , ita ultimum teſtamentum rumpit anteriora , quod è re alienum putaverim ; ſolidam ſane hoc habet Juris rationem . Etenim teſtamentum univerſam complectitur ſucceſſionem , quæ una idcirco eſſe poteſt ; ac propterea idem eſſet decedere pluribus teſtamentis, ac pluribus ſucceſſionibus , ut nil mirum, ſi in militibus tantummodo plura teſtamenta admittantur (*d*) ; quippe quibus conceſſum eſt , quoque decedere partim teſtatos , partim inteſtatos : quo fit , ut conditis pluribus teſtamentis , noviſſimum attendatur , tamquam ſuprema homi-

(*a*) l. 24. qui teſtamenta facere poſſunt.
(*b*) l. 1. de injuſto, rupto, irrito facto teſtamento.
(*c*) in notis ad Vinnium inſt. lib. 2. tit.17. §. 2.
(*d*) l. 19. de teſtamento militis.

hominis voluntas. Contra vero quum codicilli haud exhibeant univerſum Jus defuncti, ſed aliquam ejus partem; placuit idcirco ad teſtamenti differentiam, quem pluribus codicillis decedere poſſe (*a*), omneſque rati habebuntur, nec prius rumpitur per poſterius, niſi per poſteriores quid immutari placuerit, vel priores revocentur, quum nova voluntate priori derogetur (*b*).

V. Demum teſtamentum actu ſolemni perficitur, ſive Jus Civile, ſive Prætorium ſpectes, neque ſine Juris ſolemnibus conſiſtere poteſt, præter quam in militibus: codicilli vero, ut ait Tribonianus (*c*), *nullam ſolemnitatem ordinationis deſiderant*, atque, ut ſcripſit Marcianus (*d*), *Teſtatoris manu neque ſcribi, neque ſignari neceſſe eſt*; quia nullæ in illis formulæ adhibebantur, nulla certa verba, nullus ordo, nullus libripens, nullus emtor familiæ (*e*). Codicilli igitur actus ſolemnis non erant, tum quod non ex lege deſcenderant, qua Juris ſolemnia conſtituta ſunt ſupremis voluntatibus, ſed moribus tantum recepti, magiſtratuumque Jurisdictione, tum quia inſpecta illorum origine non alia de cauſſa principio permitti cœpit civibus peregrinantibus eorum uſus: niſi ut, quum ob teſtium inopiam ordinare ſolemnem voluntatem non valerent, codicillos ſaltem conficerent non ſolemnes; quod poſtmodum ad ceteros cives generaliter perductum Labeonis auctoritate, atque exemplo, permanſit quidem eadem codicillorum forma, qua principio conficiebantur. Ceterum quod Juriſconſultorum ma-

(*a*) l. 6. §. 1. de jure codicillorum.

(*b*) Vide Connanum in comment. juris civilis lib. 9. cap. 6. n. 6.

(*c*) Inſt. lib. 2. tit. ult. §. ult.

(*d*) l. 6. §. 1. de jure codicillorum.

(*e*) Vide Cujacium tract. 2. ad Africanum ad l. 15. de jure codicillorum.

magis conſilio in mores vertebatur, nulla actus ſolemnitas adjici poterat; quum actus ſolemnes, ſive legitimi præſcribebantur legum auctoritate (*a*). Scio, hic Tribonianum accuſari, quod ea verba in inſtitutionibus tranſcripta (*b*): *nullam ſolemnitatem ordinationis deſiderant*, haud congruant cum nova Imperatoris conſtitutione, qua præſcribitur in codicillis ſolemnis quinque teſtium numerus. Sed opportunius hoc videbimus capite ſequenti, quum agemus de novo jure codicillorum.

§. III.

An veteres in codicillis teſtium præſentiam admiſerint?

I. Quamquam codicilli jure veteri nullam exigerent ſolemnitatem, exoritur hic tamen non levis dubitatio, an nulla prorſus teſtium adhibitione ſcriberentur? Plane non intelligimus ſolemnem illum teſtium numerum, qui non niſi lege ſtatui poteſt, ſed qui certam faceret eorum fidem, præſertim quum de ſupremis agatur, quæ fraudibus potiſſimum patent. In teſtamentis quidem legitimus teſtium numerus ſolemniter adhibitus tutiorem reddit voluntatis probationem: in codicillis vero etſi veteres ſolemnitatem actus neglexerint; quæri tamen poteſt, an ſaltem quoad voluntatis probationem teſtium fidem deſiderarint. Celebriores quidem Juris interpretes, ut Cujacius, aliique Iuris doctrina Cujacio proximiores, vel quæſtionem prorſus non attingunt, vel quantum ex il-

lo-

(*a*) Vide Cujacium in l. actus legitimi de regulis juris.
(*b*) Inſt. lib. 2. tit. 25. §. 3.

lorum ſcriptis colligere licet, numquam in dubium id revocarunt: quum pro certo habuerint, teſtes ſaltem probationis cauſſa adhibitos eſſe in codicillis (*a*). Giphanius (*b*) primus, ni fallor, huic dubitationi occurrit, diſtinguens codicillos proprie dictos ab iis, qui epiſtolarum more conciperentur: illis quidem arbitratur, talem teſtium numerum, qui hodie adhibetur, neceſſarium non fuiſſe: in his credidit nullos fortaſſe teſtes adfuiſſe, ea nempe ductus ratione, quod epiſtolæ ſcribi non ſolent, niſi remotis omnibus arbitris, quod etiam placuit Everardo Ottoni (*c*). Boehmerus autem (*d*), quum prius longo ſatis ſermone contenderit, nihil aliud revera fuiſſe apud veteres codicillos, quam epiſtolas, primum quidem ſcriptas ad heredes tantum, deinde vel ad Legatarios, facile ſibi perſuaſit nullos omnino teſtes deſideraſſe; quod probare conatur, tum ex illorum origine, tum quod in libris Juris nulla unquam teſtium fiat mentio in codicillis, tum demum quarumdam legum argumentis. Boehmero ſubſcripſit Heineccius (*e*), qui nec dubitavit eaſdem Boehmeri rationes adoptare. Præſtat hic primum aliorum ſententiam perpendere; ut deinde quid ſenſerim, dicam libenter.

II. Ne autem perturbata quæſtio pertractetur, principio diſtinguere oportet ſolemnem teſtium numerum ab ea teſtium præſentia, quæ admittitur probationis tantum cauſſa; & quoniam codicilli ſolemnes non fiebant, neceſſario conſequitur, nec ſolemnem teſtium numerum exegiſſe, quod ne-

(*a*) Vide Cujacium tract. 2. ad Africanum loco cit. Connanum comment. juris civilis libr 9. cap. 6. n. 1. Antonium Fabrum de erroribus Pragmat, decade 69. errore 9.

(*b*) in Codice ad §. ult. l. ult. C. de codicillis.

(*c*) Inſt. lib. 2. tit. ult.

(*d*) cap. 1. §. 19. & ſeq.

(*e*) Antiquit. Rom. ad inſt. L. 2. tit. ult.

nemo ſanus negaverit; ut mirum ſit, ipſum Boehmerum nec ſibimet conſentire, quum codicillos interdum appellaverit *ſolemnes epiſtolas* (a). Plane quidnam intellexerit per ſolemnem epiſtolam, non video; niſi ut diſtingueret uſitatas epiſtolas a codicillis, qui ad epiſtolæ modum ſcribebantur. Dubitatio ergo eo tantum vertit, an veteres teſtes admiſerint in codicillis probationis cauſſa, ut ita fraudibus quodammodo occurreretur. Et quidem quod primum Boehmerus profert ex origine codicillorum, ad rem non pertinet. Etenim etſi civibus extra Italiam degentibus ideo permiſſus eſt codicillorum uſus, quod non facile iis præberetur civium Romanorum teſtimonium, qui teſtamento adeſſent; non recte tamen conficit, nullos proinde teſtes codicillis adhibitos; ſed id tantum, quod æqua ratio ſuaſerit vel ſine civium Romanorum præſentia conſcribere codicillos debuiſſe: quibus tamen utpote non ſolemnibus, nec lege comprobatis, haud interdicebatur peregrinis teſtimonium ſuum perhibere probationis tantum cauſſa; quippe qui idonei teſtes habebantur præterquam in actibus potiſſimum legitimis, ac propterea ex civium Romanorum inopia conjectura duci nequit, teſtes omnino non adfuiſſe.

III. Perperam deinde arbitratur, codicillos aliud non fuiſſe quam epiſtolas, eaque de cauſſa Juriſconſultos plerumque ita eos nominaſſe in libris Juris. Etenim quos codicillos propria epiſtolarum ſignificatione dixerint veteres, infra oſtendemus, quum ſermonem inſtituerimus de peculiaribus codicillorum modis. Deinde quod Juriſconſul-

(a) cap. 1. §. 24.

Digitized by Google

ſulti codicillos quandoque expreſſerint epiſtolarum nomine, falſo conjicit, tamquam epiſtolas conſiderari debere. Et quidem quicquid concipi ſoleret cum ſalutis præfatione, epiſtolam veteres nominabant; quo fit, ut cautiones & chirographa, quæ potiſſimum epiſtolarum more ſcribebantur, epiſtolas quoque appellarint, ut tot proſtant exempla in libris Juris (*a*). At quis umquam contenderit, hujuſmodi cautiones aliud non fuiſſe quam epiſtolas, vel quod teſtes iis non adhiberentur, propterea quod ſcriberentur cum ſalutis præfatione ad modum epiſtolarum? Non enim modus, quo ſcribitur, ſed negotii genus ſcripturam diſtinguit: Cautiones quidem, quibus ſalutatio præmittebatur, ſi epiſtolas dixeris, non prohiberis; at male inde conficies, eas proinde exiſtimari debere tamquam epiſtolas familiares, quod nil Juriſconſulto indignius. Præterea perſpicuum eſt vel in ipſis teſtamenti tabulis ſolere teſtatores ſalutationem præmittere, præſertim quum amiciſſimis ſuis, vel propinquis quid legarent, aut fideicommitterent; ut præ ceteris ex Modeſtino liquet (*b*): Numquid Boehmerus teſtamenta quoque aliud non fuiſſe crediderit, quam epiſtolas? vel quod teſtes in hujuſmodi teſtamenti ſcriptura non adfuerint? Haud negaverim, epiſtolas quidem familiares ſcribi ſolere remotis omnibus arbitris, ut inquit Giphanius

(*a*) l. 26. §. 2. depoſiti, l. 34. de pigneratitia actione. l. 12. §. 12. mandati l. 5. §. 3. l. 26. & l. ult. de pecunia conſtituta.

(*b*) l. 34. §. 1. de legatis 2. *Lucius Titius in teſtamento ſuo ita cavit: Octaviana Stratonicæ dulciſſima filia ſalutem: Volo eam a ſe ipſa accipere villam Gazam cum impoſitionibus ſuis omnibus. Octaviano Alexandro dulciſſimo filio meo ſalutem; Præcipuum volo eum accipere ſythesin ſterilium villarum cum impoſitionibus ſuis. Et* §. 6. *Lucius Titius relictis duobus filiis ſuis heredibus diverſi ſexus inſtitutis* (ſermo eſt de teſtamento; quum heredes inſtituerit) *addidit caput generale* . . . . *deinde ſubjecit in præceptione relinquenda filiæ ſuæ hæc verba: Paulinæ filiæ meæ dulciſſimæ; ſi quid me vivo dedi comparavi, ſibi habere jubeo.*

nius : quum nulla contentio oriri poſſit de illarum fide , neque in quæſtionem adducuntur : at aliter res ſe habet in iis ſcripturis , quibus continetur ſuprema voluntas , vel mutua hominum obligatio , quæve ratæ haberi nequeunt in judicio ; niſi de earum fide conſtiterit legitimis probationibus : ac proinde nil refert , an cum ſalutis præfatione ſcribantur, nec ne ; non enim epiſtola , ſed quod in ea comprehenditur , neceſſariam facit teſtium præſentiam , quemadmodum cautiones etſi epiſtolarum more conficerentur : ideo tamen teſtes deſiderabant , ut ſcripturæ fides conſtaret .

IV. Quod autem addit Boehmerus , nimirum in libris Juris nullam haberi mentionem teſtium in codicillis , id primum verum omnino non eſt , ut mox oſtendemus : deinde animadvertere debuerat , Juriſconſultos tum in reſponſis ſuis , tum in libris , quos conſcripſerunt , numquam attigiſſe quæſtiones , quæ in facto prorſus conſiſterent , ſed Juris dumtaxat ; niſi quando Juris definitio ex facti circumſtantiis neceſſario proficiſceretur, vel ex præcipua verborum prolatione penderet , ut accidit in quæſtionibus teſtamentariis . Quoniam autem ſcripturæ fides ad factum omnino pertinet , non item ad Jus ; idcirco non Juriſconſultorum , ſed Judicis erat cognoſcere , num legitimis probationibus conſtitiſſet . Itaque quum codicilli non erant ſolemnes ; nec proinde ſolemnem teſtium numerum requirerent , ut teſtamenta ; nil cauſſæ eſt , cur Juriſconſulti ſpeciatim agerent de fide codicillorum , vel teſtium præſentiam quandoque meminiſſent ; hoc enim generatim attigerunt , quum pertractaverint materiam de fide inſtrumentorum, de probationibus,& præſumtionibus, atque de teſtibus .

Digitized by Google

bus. Contra in teſtamentis ideo ſæpiſſime mentionem habuerunt de teſtium adhibitione; quod ad Juris rationem hoc pertineat, ſive ad eam Iuris obſervationem, quæ legibus præſcripta eſt, quæque non tam in facto, quam in Iure conſiſtit. Demum legum argumenta, quibus Boehmerus utitur, ut teſtium præſentiam negaret in codicillis, vel prorſus extranea ſunt, vel ſibimet contraria; at ne longius a propoſito aberremus, dum noſtram aperiemus ſententiam, afferemus quoque eas legum auctoritates, quibus utitur Boehmerus ad ejus tuendam ſententiam; ſed ita tamen, ut quod alienum eſſe putaverim, referatur in adnotationibus, quas atteximus ejus diſputationi.

V. Ex hactenus expoſitis quum in comperto ſit, quam falſis argumentationibus laborarint, qui nullos teſtes agnoſcunt in codicillis apud veteres; prope eſt, ut in re tam obſcura proferamus quicquid ex veterum ſcriptis excogitare licuit, quo Boehmeri quoque ſententia apertius convellatur. Et quoniam, ut ex Marciano (*a*) intelleximus, codicilli ſcribi, atque ſignari poterant, vel propria teſtatoris, vel aliena manu; præſtat, ut primum videamus, qua legitima probatione uterentur in illis, qui aliena manu ſcribebantur, ut rectius conjectare poſſimus in propria teſtatoris manu exaratis. Inſignis exſtat Scævolæ locus, quo manifeſtiſſime apparet, nedum teſtes adfuiſſe codicillis aliena manu conſcriptis; ſed & eorum ſignis comprobatos. Ita Scævola inquit (*b*): *Propoſitum eſt, non habentem liberos, nec cognatos in diſcrimine vitæ conſtitutum per infirmitatem ARCESSITIS AMICIS Cajo Sejo contubernali*

(*a*) cit. l. 6. §. 1. de jure codicill. (*b*) l. 39. §. 1. de legat. 3.

nali dixiſſe, quod vellet ei relinquere prædia, quæ nominaſſet; eaque dicta IN TESTATIONEM Cajum Sejum redegiſſe: etiam ipſo Teſtatore interrogato, an ea dixiſſet, & reſponſo ejus tali μαλιστα, *id eſt maxime, inſerto; quæſitum eſt, an prædia, quæ deſtinata eſſent, ex cauſſa fideicommiſſi ad Cajum Sejum pertinerent? Reſpondit, ſuper hoc nec dubitandum eſſe, quin fideicommiſſum valeat.* Palam eſt, hic agi de codicillis ab inteſtato factis, non autem de teſtamento, ut cuique patet, quibus Teſtator coram amicis conſulto arceſſitis voce declaraverat, ſe relinquere velle prædia, quæ nominaſſet, Cajo Sejo contubernali ſuo: Cajus Sejus deinde ſcripſit Teſtatoris voluntatem, quam *in teſtationem* quoque redegit. Dubitabatur, an fideicommiſſum (qui enim ab inteſtato codicillos relinquit, fideicommittere intelligitur, ut infra oſtendemus) valeret, ea nempe de cauſſa, quod in hac ſpecie Teſtator videbatur fortaſſe loquutum eſſe non animo deliberato; quum dixerat, *ſe velle relinquere prædia*, non autem *ſe relinquere*. Scævola reſpondit, nec dubitari poſſe, quin valeret; præſertim quod poſtquam Cajus Sejus prædia ſcripſiſſet, interrogato Teſtatore, an ea prædia eſſent, affirmando reſponderat, ejuſque affirmationem codicillis adjecit. Duo notanda ſunt, quæ ad rem noſtram pertinent: unum, quod controverti nequit, amicos nempe codicillis adfuiſſe, veluti teſtes hujuſmodi ſupremæ voluntatis; ut falſo aſſeveraverit Boehmerus, nullibi in Juris libris legi, quod teſtes adhibiti fuerint in codicillis; quum diſerte contrarium ex hoc loco appareat. Alterum, quod codicilli in teſtationem redacti fuerint. At quidnam eſt *in teſtationem redigere?* Veteres quidem ad ſcripturæ probationem adhibitis teſtibus tabu-

Digitized by Google

bulas obſignabant, quam ſcripturam ita confectam *teſtationem* dixere, eaque utebantur ad rei geſtæ fidem faciendam in judicio. Ita Cicero (*a*): *Ejus rei, conditioniſque tabellas obſignarunt viri boni complures: res in dubium venire non poteſt.* Et alibi (*b*): *Ipſe in tabulis refert, obſignat ſignis amicorum providens homo, ut contra hoc crimen (ſi quando opus eſſet) hac videlicet teſtificatione uteretur.* Modum autem, quo teſtationes fiebant, explicat Paulus, dum refert Senatusconſultum; quo cautum, ne ſcripturæ publici, vel privati contractus in judicio prolatæ aliter valerent, quam ſi in teſtationes redigerentur (*c*): *Ampliſſimus ordo, decrevit*, inquit, *eas tabulas, quæ publici, vel privati contractus ſcripturam continent, adhibitis teſtibus ita ſignari, ut in ſumma marginis ad mediam partem perforatæ triplici lino conſtringantur, atque impoſitum ſupra linum ceræ ſigna imprimantur, ut exteriores ſcripturæ fidem interiori ſervent. Aliter tabulæ prolatæ nihil momenti habent.* Hinc Venulejus ſcripſit (*d*): *Curent Magiſtratus cujuſque loci teſtari volentibus* (teſtari hic non ſignificat ſupremam edere voluntatem, ſed tabulas conficere de quovis negotio (*e*) *& ſeipſos, & alios teſtes, vel ſignatores præbere, quo facilius negotia explicentur, ut probatio rei ſalva ſit.* Conficiebantur quidem hujuſmodi teſtationes non a perſonis publicis, ut hodie fit, ſed a privatis hominibus, qui *ſignatores* appellabantur; hinc Juvenalis (*f*).

..... *veniet cum ſignatoribus auſpex.*

Et quamquam teſtificationes ſcriptis habitæ *teſtationes* potiſſi-

(*a*) in oratione pro Quinctio.
(*b*) actione 7. in Verrem.
(*c*) recept. ſent. lib. 5. tit. 25. ad legem Corneliam teſtamentariam §. 6.
(*d*) l. 22. de teſtibus.
(*e*) Vide Duarenum lib. primo diſput. anniverſ. cap. 30
(*f*) Sat. 10.

ſimum dicerentur. Juriſconſulti tamen eas acceperunt pro quavis teſtificatione etiam ſcriptis non tradita, quod aperte Cajus tradit his verbis (*a*): *Fiunt enim de his ſcripturæ, ut quod actum eſt, facilius probari poſſit; & ſine his autem valet, quod actum eſt, ſi habeat probationem, ſicut & nuptiæ ſunt, licet teſtatio ſine ſcriptis habita eſt*, ut nihil cauſſæ ſit, cur Schultingius (*b*) Salmaſio iraſcatur, dum is teſtationis vocem refert etiam ad teſtificationes cujuſvis rei geſtæ, quæ ſcriptis non fuerit conſignata, licet prius contra ſenſiſſet (*c*). Ceterum in libris Juris paſſim mentio fit hujuſmodi teſtationum, quæ adhibebantur, ut ejus, quod actum eſſet, ſalva haberetur probatio (*d*).

VI. Ut ergo ad Scævolæ ſpeciem redeamus, Cajus Sejus voluntatem teſtatoris ſcriptis tradidit, eamque redegit *in teſtationem*, ut ex Scævolæ verbis apparet; at quum ex jam dictis ſatis conſtet, per teſtationes venire quicquid geſtum eſſet teſtium adhibitione, atque ubi teſtificatio ſcripto traderetur, iiſdem teſtium ſignis obſignari oportebat, ne fraudibus falſariorum ſubverteretur: plane neſciverim, quid manifeſtius afferri poſſit, ut fateamur, nedum teſtes revera adfuiſſe in codicillis, ſed obſignari quoque neceſſario debuiſſe, ſi non teſtatoris, eorumdem ſaltem teſtium ſignis, ut eorum ſalva eſſet probatio. Et quidem quis umquam ſibi perſuaſerit, tabulas tum publici, tum privati contractus ex relato S. C., quod ab Ne-

(*a*) l. 4. de fid. inſtrum.

(*b*) Moſaicar. & Rom. leg. col. tit. 8. §. 7. nota 12.

(*c*) Salmaſius ad jus Attic. & Rom. cap. 30.

(*d*) Vide l. 7. de ſponſalibus, l. 22. ex quibus cauſſis majores &c. l. 2. de nautico fœnore, l. 3. de concubinis, l. 14. §. 5. de cuſtodia, & exhibitione reorum, l. 25. ad L. Juliam de adulteriis, l. 9. §. 5. de pœnis, & l. penult. de donationibus inter virum, & uxorem.

Neronis uſque tempore repetunt eruditi (*a*), nullius momenti habitas, niſi certa forma in teſtationem redigerentur; diſerte enim inquit Paulus: *aliter tabulæ prolatæ nihil momenti habent*; codicillorum vero fides, in quibus agitur de ſuprema voluntate falſariis potiſſimum obnoxia, conſiſtere potuerit ſine legitima teſtium præſentia? In militibus profecto, quorum ſupremis peculiari privilegio conceſſum eſt, ut vel nuda voluntas rata haberetur, numquam tamen conſtabat, niſi ea oſtenderetur legitimis probationibus; hinc Paulus ait (*b*): *militibus quoquo modo velint, & quomodo poſſunt, teſtamentum facere conceſſum eſt; ita tamen, ut hoc ita ſubſequutum eſſe legitimis probationibus oſtendatur*. Quid autem ineptius, quam exquirere legitimas probationes in militari voluntate, eas tamen negligere in Pagani codicillis? Vel quid magis abſonum, quam ob ſalutationem, quam plerumque veteres præmittebant in codicillorum confectione, uti & ſolebant in quibuſdam teſtamenti capitibus, negare idcirco neceſſariam teſtium adhibitionem in ea ſuprema voluntate, quæ codicillis comprehenditur?

VII. Sed videamus modo, quid dicendum ſit de iis codicillis, qui non aliena, ſed ipſius Teſtatoris manu conſcriberentur. Et quamquam pari ratione ſtatuendum videtur, teſtes quoque hujuſmodi codicillos deſideraſſe, quum hi æque fraudibus ſubjecerint, non ſecus ac ceteri aliena manu exarati; proſtat tamen alter Scævolæ locus de quadam epiſtola a teſtatore conſcripta, quo magis hoc valeat illuſtrari; utcumque Boehmerus crediderit eam-

E dem

(*a*) Cujacius in notis ad cit. Pauli locum recept. ſent. lib. 5. tit. 25. §. 6.
(*b*) l. 40. de teſtamento militis.

dem Scævolæ ſpeciem urgeri poſſe ad ejus ſententiam comprobandam. *Teſtamento*, inquit Conſultus (*a*) *filium, & uxorem ſuam heredes inſtituit, poſtea epiſtolam ſcripſiſſe dicitur, qua quicquid in peculio habuit filius, ei donavit, & adjecit; præcipua hæc eum ſuique juris, & poſt mortem ſuam habere velle. Quæro, quum teſtamento ſignificaverit, ſi quid obſignatum recepiſſet, id vice codicillorum valeret; epiſtola autem non ſit obſignata, an quæ epiſtola continentur ad filium pertineant? Reſpondi, ſi fides epiſtolæ relictæ conſtaret, deberi quæ in ea dare ſe velle ſignificavit*. Facilis eſt quidem hujus reſponſi intelligentia, cujus rationem jam diſcimus ex Marciano, qui idem prorſus proponit; quum ait, valere codicillos, etſi manu teſtatoris nec ſcribantur, nec ſignentur: quin (*b*) *licet in confirmatione codicillorum paterfamilias adjecerit, ut non alias valere velit, quam ſua manu ſignatos, & ſubſcriptos; tamen valent facti ab eo codicilli, licet neque ab eo ſignati, neque manu ejus ſcripti fuerint*; additque rationem: *nam ea, quæ poſtea geruntur prioribus derogant*. Dixerat ergo teſtator in relata Scævolæ ſpecie in teſtamento, ſe valere velle vice codicillorum,quod *A SE* obſignatum reliquiſſet, ut recte hic animadvertit Cujacius (*c*); epiſtolam autem non obſignaverat: dubitabatur, an quod epiſtola contineretur, ſervari deberet; licet Teſtator eam non obſignaſſet, uti teſtamento ſignificaverat? Reſpondit Conſultus, relicta in hujuſmodi epiſtola deberi, dummodo de illius fide conſtaret. Etenim potentius eſt, ut ait Cujacius, quod quis poſt teſtamentum factum geſſit, quam quod

(*a*) l. ult. de legatis 2.
(*b*) l. 6. §. 2. de jure codicillorum.
(*c*) lib. 4. reſponſ. Scævolæ ad cit. l. ultimam de legatis 2.

quod teſtamento cavit; maxime, ſi quod in ſupremis voluit, valde ſe id voluiſſe oſtenderit, ut ex illis epiſtolæ verbis apparet: *præcipua hæc eum, ſuique juris, & poſt mortem ſuam habere velle*, quæ ſane enixam Teſtatoris voluntatem demonſtrant.

VIII. At quid eſt, quod Scævola de epiſtolæ jure interrogatus reſpondit, deberi quidem prælegatum, adjecta tamen conditione, *ſi fides epiſtolæ relictæ conſtaret*? Reſpondet Boehmerus (*a*): quum teſtes codicillis minime adhiberentur, recte epiſtolæ fides in dubium revocari poterat, ac proinde eatenus prælegatum deberi reſpondit, ut de ejus fide conſtitiſſet. Sed quærerem hic a Boehmero, quonam pacto aliunde probari poterat ſcripturæ fides, ſi teſtes non adfuerant? Perſpicuum eſt in jure, non aliter ſcripturæ veritatem probari poſſe, quam aliorum teſtimonio (*b*): ſi ergo teſtes non aderant, nec proinde horum teſtimonio poterat ſcripturæ fides comprobari, quorſum Scævola inquit: *ſi fides epiſtolæ relictæ conſtaret*? Inquiet fortaſſe Boehmerus, id expleri potuiſſe comprobatione manus Teſtatoris, aliiſque præſumtionibus aliunde petitis; Fabulæ. Primum quidem nulla major incerta probatio, quam comprobatio manus in ſcriptionibus potiſſimum, quæ exararentur in tabellis ceratis, quibuſque facillime ſcripturam imitamur. Nec veteres, quod ſciam, hujuſmodi probatione utebantur; quum nullum ejus veſtigium appareat, niſi in eo caſu, quo quis agnoverit manum ſuam; tumque non tam ſit litterarum comparatio, quam ipſemet, qui ſcripſit, proprium ejus Chirogra-

(*a*) cap. 1. ſuæ diſput. §. 21.
(*b*) Paulus ſent. recept. tit. 15. §. 4. ibique Cujacius, & Scultingius in notis.

Digitized by Google

phum agnoſcit. At in tabulis defunctorum, quæ umquam ſcripturæ fides haberi poterit ex hujuſmodi literarum comparatione; quæque non niſi probabilem faciet conjecturam? Juſtinianus porro ut occurreret fallaciſſimis literarum comparationibus, ſtatuit, eas non aliter permitti, niſi una adfuerint trium teſtium ſubſcriptiones (*a*).

IX. Deinde jam intelleximus ex Paulo (*b*), quemadmodum ex S. C. tabularum fides admitteretur, teſtium nempe adhibitione, eorumque ſignis. Et quamvis Conſultus hoc loco tantum loquatur de tabulis publici, privatique contractus; ut tamen hic recte animadvertit Schultingius (*c*), alibi fortaſſe Paulus idem monuerit quoad tabulas ſupremæ voluntatis, quæ ſane facilius adulterantur. Plane Suetonius, qui ſub Nerone hanc tabularum obſignationem inductam refert, haud de contractibus loquitur, ſed de tabulis generatim: *Adverſus falſarios*, inquit (*d*), *tunc primum repertum, ne tabulæ niſi pertuſæ, ac ter lino per foramina trajecto obſignarentur*. Conſtat autem Neronis ætate jam codicillorum uſum invaluiſſe; ut prorſus non videam, cur Senatuſconſultum ad codicillorum quoque tabulas perduci non debuerit. Etenim nemo ignorat, legem Corneliam de falſis primum latam de teſtamenti tabulis, indeque productam ad reliqua inſtrumenta (*e*), itemque ad codicillos (*f*), qui poſtea introduci coeperunt. Quare quum ex Juris hiſtoria manifeſte appareat, nil magis antiquius Romanis fuiſſe, quam ut falſariorum fraudibus

oc-

(*a*) l. 20. C. de fide inſtrumentorum.

(*b*) recept. ſent. lib. 5. tit. 25. §. 6.

(*c*) in notis ad cit. Pauli ſententiam nota 44.

(*d*) in Neronem cap. 17.

(*e*) Vide Moſai. & Rom. leg. collat. tit. 8. §. 7. ibique Interpretes.

(*f*) l. p. §. ult. de lege Cornelia de falſis.

occurrerent, potiſſimum in ſupremis voluntatibus, quis umquam crediderit, conſuluiſſe quidem contractuum tabulis, non item codicillorum? Quod ergo Boehmerus profert ex Scævola, ut teſtes excluderet a codicillis, nedum refragatur eidem Conſulti ſententiæ, ſed nullo pacto conſentire poteſt cum Juris hiſtoria.

X. Sed quid revera ſibi voluit Scævola, quum prælegatum deberi reſpondit, ſi fides epiſtolæ relictæ conſtaret? Dicam, quid ſentiam. Neminem vel mediocriter in Juris libris verſatum latet, Juriſconſultorum munus in reſpondendo ſpectaſſe quidem quæſtiones Juris, non facti. Quod ubi dubitatio factum reſpiceret, acute Duarenus (a) animadvertit in Scævola quemdam reſpondendi morem huic Juriſconſulto familiarem; nimirum vel ita reſpondebat: *de jure non quæri*, aut quid ſimile; vel ſi quæſtio facti magis eſſet, quam Juris, tum reſponſum quidem de Jure dabat adjecta tamen conditione, quæ factum, quod erat incertum, reſpiceret. Pluribus exemplis hoc demonſtravit Duarenus (b), quibus & hunc noſtrum addere poſſumus, quum conditione adjecta de epiſtolæ fide prælegatum deberi ait. Ac ſane Scævolam interrogaverant de juris quæſtione; an nempe valeret prælegatum in epiſtola relictum, quam tamen Teſtator non obſignaverat contra ejus voluntatem in teſtamento expreſſam, qua ſe valere velle juſſerat vice codicillorum, quod obſignatum relinqueret. Scævola quidem huic interrogationi reſpondens, valere inquit; attamen quum ex facti narratione, quam propoſuerant, incer-

(a) in Scævola.

(b) Vide l. 91. §. collegio de legatis 3. l. 7. & 20. de inſtrumento legato l. 29. de probationibus, l. 29. §. Titius de pactis dotalibus, l. 109. de condit. & demonſtr.

certum videbatur, an epiſtola etſi a Teſtatore non obſignata conſtaret legitimis probationibus, recte putavit in dubium relinquere epiſtolæ fidem; ne alias crederent prælegatum deberi, utcumque epiſtola ſe habuerit. Etenim licet non exigerent codicilli Teſtatoris ſignum, adeſſe ſaltem debuerant & teſtes, & eorum ſigna, ut ſalva eſſet illorum fides; cumque hoc Scævola ignoraret; ne Juris quæſtione facti cognitio involveretur de tabularum ingenuitate, noluit idcirco Conſultus Juris tantum definitionem attingere; atque dum ſtatuit epiſtolam valere quantum ad prælegati rationem, conditionem adjecit quantum ad incertam ejuſdem epiſtolæ fidem; ut non ſecus locus eſſet præſtationi prælegati, quam ſi ſcripturæ veritas legitimis conſtaret probationibus, quaſi diceret, notionem facti magis eſſe, quam Juris. Quænam autem eſſe poterat legitima tabularum probatio, niſi teſtium præſentia, earumque obſignatio, ut moris erat in ceteris tabulis? Enim vero utcumque Marcianus (a) affirmaverit, valere nempe codicillos neque ſcriptos, neque ſignatos *a Teſtatore*; numqam tamen negavit eorum obſignationem; quum id aperte retulerit ad *teſtatoris* perſonam dumtaxat, ideoque ait: *IPSIUS MANU neque ſcribi, neque SIGNARI neceſſe eſt*. Fatetur quidem neceſſarium non eſſe Teſtatoris ſignum, quum ad teſtamenti differentiam nullam exigant ſolemnitatem; ac proinde haud intererat, an proprio Teſtatoris ſigno confirmarentur, an alieno; at non recte inde conficitur, quod conſtiterint vel nuſquam obſignati; quin dum Conſultus hoc negat quantum ad ſignum te-

(a) cit. l. 6. §. 1. de jure codicillorum.

teſtatoris , idem admittere videtur quoad ſigna aliena. Quod non obſcure etiam comprobatur ex iis, quæ ſtatim addit : *Licet in confirmatione paterfamilias adjecerit, ut non alias valere velit, quam ſua manu ſignatos, & ſubſcriptos; tamen valent facti ab eo codicilli, licet neque AB EO ſignati, neque MANU EJUS ſcripti fuerint*; nam ſi valerent nullo modo obſignati, cur addidit illud *ab eo* ? Egit hic ſane Marcianus de ſolemni ritu in codicillis non neceſſario ; ac propterea nil hoc loco opportunius, quam, ſi revera conſtare poterant ſine obſignatione, affirmare, non modo eos ſcribi non oportere manu Teſtatoris, ſed nec omnino obſignari; attamen id tantum ſignificavit, ut neceſſe non ſit *ab eo* ſignari, nempe a Teſtatore. Diverſa ergo ſunt, opus non eſſe ſigno teſtatoris, ac obſignationem prorſus non requirere, quod nedum Marcianus non negavit, ſed pro certo habuiſſe videtur. Igitur, ut ad Scævolam redeamus, quum in facto non conſtaret, an epiſtola licet a teſtatore non obſignata, aliorum ſaltem ſignis comprobaretur, qui tamen ſcripturæ facerent fidem ; merito ſe retulit ad epiſtolæ probationem. Itaque ex relatis Pandectarum locis cum Juris hiſtoria commiſſis ſatis liquet, quemadmodum teſtes codicillis adfuerint ; & quo pacto hi obſignari debuerant, nimirum vel proprio Teſtatoris ſigno, vel ſaltem ipſorum teſtium.

X I. Hæc hactenus hauſimus ex veterum Juriſconſultorum ſententiis. Quod ſi litem definire velimus auctoritate poſteriorum Imperatorum ante tamen Conſtantini imperium, res adeo manifeſta eſt, ut non niſi cavillando tergiverſari valeat. Diocletianus, inquam, ita reſcripſit : *Et in epiſtola, vel libello, vel ſine ſcriptu-*

ptura, imo etiam nutu fideicommiſſum relinqui poſſe ADHIBITIS TESTIBUS *nulla dubitatio eſt* (*a*). Quid porro apertius? Giphanius quidem (*b*) ab hac expreſſa verborum vi non ſecus ſe expedire credidit, quam ſi illud *adhibitis teſtibus* Triboniano appingeret, quaſi ea verba ideo addiderit, ut Diocletiani ſententiam componeret cum novo Jure codicillorum de numero quinque teſtium. Sed non recte Triboniano tribuit, quod nulla de cauſſa id liceat ſuſpicari; nihil enim commune habent ea verba cum nova codicillorum ſanctione. Et quidem illud *adhibitis teſtibus* in Diocletiani reſcripto haud importat ſolemnem teſtium numerum, ſed talem, qualis requiritur in quavis teſtatione probationis tantum cauſſa; quod longe diverſum eſt ab ſolemni teſtium adhibitione; ac proinde ſi ea verba minime reſpondent novo juri de numero quinque teſtium, cur ea Triboniano adſcribes; quum nulla ſubſit cauſſa ita ſuſpicandi? Forſan ejus, quod tueri non poſſis, ſtatim Tribonianum auctorem feceris, quaſi impune liceat ei tribuere quicquid ex libris Juris noſtris adverſetur opinionibus? Boehmerus contra (*c*) rem aliter interpretari conatur. Admittit quidem, ex Diocletiano duos ſaltem teſtes codicillos deſideraſſe; ſed eos dumtaxat, qui fierent nuncupatione, non item, qui per ſcripturam; atque ea verba *adhibitis teſtibus* non referri putat ad integram reſcripti ſententiam, ſed tantum ſpectare ſpecialem locum, quo loquitur de fideicommiſſis ſine ſcriptura, vel nutu. Inſipida prorſus interpretatio! Dicat porro Boehmerus, qua con-

(*a*) l. 22. C. de fideicommiſſis. C. de codicillis.
(*b*) in codice ad cit. leg. ult. §. ult.
(*c*) cap. 1. §. 25. ſuæ diſp.

Digitized by Google

conjectura id affirmari valeat ? Quum contra ex verborum conſtructione illud *adhibitis teſtibus* ad omnes legis partes referatur ? Suavis autem eſt, quum rationem ſubjicit, qua Imperator teſtium adhibitionem caverit in codicillis voce, vel nutu declaratis; nam, ut inquit, *non poſſet alias conſtare de voluntate fideicommittentis.* Sed quid porro opus erat urgere teſtium præſentiam, ubi aliter defuncti voluntas nequeat manifeſtari ? an hoc umquam in dubitationem venire poterat, ut propterea verbis expreſſis id cavere cogitaverit ? Sed quid ineptius, quam in re tam manifeſta cavillationibus laborare ?

XII. Reliquum eſt, ut videamus, quemnam teſtium numerum veteres revera adhibuerint in codicillis, quibuſque non interdicebatur in illis teſtimonium perhibere. Primum quidem ex Juris libris luculenter non conſtat; ſed quoniam ſolemnes non erant, nec proinde ex lege proficiſcerentur, ſatis fortaſſe videbatur numerus duorum teſtium ex generali Ulpiani regula (*a*), quod ubi numerus teſtium non adjicitur, etiam duo ſufficiunt. Ceterum probabilius exiſtimaverim, cumdem teſtium numerum deſideraſſe, qui adhibebatur in ceteris tabulis, quum in teſtationem redigerentur. Pari quoque ratione crediderim quoad teſtium conditionem, quemque, cui teſtimonium dicere non vetabatur in ceteris negotiis, recte adhibitum in codicillis, veluti non ſolemnibus; qua de cauſſa diſtinguebantur etiam a teſtamentis, in quibus non admitterentur, niſi tantum maſculi, iique cives Romani (*b*).

F §. IV. An

(*a*) l. 12. de teſtibus. (*b*) Inſt. lib. 2. tit. 10. §. 6.

Digitized by Google

§. IV.

An codicilli per ſcripturam tantum conficerentur, an etiam per nuncupationem?

Quum hactenus expoſuerim eas omnes Juris regulas, quibus codicillorum ratio a teſtamentis diſcriminatur; præſtat modo conſiderare, quemadmodum una conſenſerint, ſive quo pacto codicilli teſtamenti cauſſam imitentur. Ac primum non levis eſt dubitandi locus, an ut teſtamenta condebantur tum per ſcripturam, tum per nuncupationem, ita idem obtinuerit in codicillis? Omnes fere Juris interpretes haud veriti ſunt hoc affirmare præter Antonium Fabrum, qui primus negavit (*a*); ac deinde noſtra ætate Boehmerus Fabri ſententiam ſuſcitavit (*b*), quam amplectitur quoque Heineccius (*c*). Hi quidem Scriptores quum viderint, nullam expreſſam mentionem haberi de codicillis per nuncupationem in Pandectarum libris, nec niſi ex vulgata conſtitutione de quinque teſtium numero (*d*), id primum appareat, qua Imperator eumdem teſtium numerum præſcribit in codicillis per ſcripturam, ac per nuncupationem: exiſtimarunt tum primum inductum, ut vel ſine ſcriptura fierent codicilli; quam ſane conjecturam illuſtrare conantur aliis non diſſimilibus argumentis. Faber quidem ita argumentatur: codicilli ideo dicti, quod eſſent parvi codices; quemadmodum er-

(*a*) de erroribus Pragmaticorum decade 69. errore 9.

(*b*) cap. 1. §. 24. ſuæ diſputationis.

(*c*) Antiquit. Rom. lib. 2. inſt. tit. ult. §. 16.

(*d*) in l. ult. §. ult. C. de codicillis.

ergo nil magis abſonum, quam fingere codicem nuncupatum: ita codicilli ſcripto neceſſario conſignabantur, niſi dixeris etiam voce nuncupatum, quod libello comprehenditur. Urget deinde relatam Marciani ſententiam (*a*), qua valere dicitur codicillos neque ſubſcriptos, neque ſignatos a teſtatore, quaſi Marcianus intellexerit, non aliter eos fieri poſſe, niſi per ſcripturam, ac demum Ulpiani locum, quem prorſus e re alienum deprehendemus.

II. Recte quidem Faber loquitur, quum contendit codicillorum nomine venire non poſſe, niſi quod ſcribebatur in tabellis ceratis; at hoc tantum ſpectat latinam ſignificationem. Juriſconſulti vero, ut diximus (*b*), eam vocem accommodarunt ſupremæ voluntati, quæ conſtaret ſine juris ſolemnibus; quo fit, ut quoniam codicillorum nomen tranſtulerint ad exprimendam voluntatem non ſolemnem in ſupremis, nil vetabat, quin hujuſmodi voluntas manifeſtaretur vel ſcripto, vel voce; quum quoquo modo voluntatem noſtram aperiamus, eadem æque permanet, utcumque vario ſigno ſignificetur. Itaque quum Juriſconſulti per codicillos intellexerint voluntatem non ſolemnem, nulla obſtat juris ratio, quin ea manifeſtari magis uno modo, quam altero debuerit: quemadmodum nec juris ratio repugnavit, quin teſtamenta conderentur vel ſcripto, vel nuncupatione; quum quoquo modo voluntas aperiatur, nihil ei additur, vel tollitur, ſed eadem eſſe videtur, licet varium ſit manifeſtationis ſignum. Fateor quidem, naturalem, ſive primoevam codicillorum ſignificationem ad ſcripturam tantum referri; ſed male conficit

(*a*) cit. l. 6. de jure codicillorum. (*b*) Vide §. primum hujus capitis.

cit Faber, apud Juriſconſultos non potuiſſe transferri ad voluntatem nuncupatam, dummodo non ſolemniter fieret; nec novum eſt in jure, vocabula formam magis, quam rem ipſam exprimentia, ſublata, vel immutata veteri forma, adhuc retineri, dum res ipſa perdurat, quod longum eſſet exemplis oſtendere. Atque, ut cetera prætercam, nonne ipſemet arguitur, quum ait ex relata Imperatoris conſtitutione tum primum coepiſſe codicillos confici nuncupatione? cur tam abſonum ante illius conſtitutionem id videbatur, quod poſtmodum non repugnavit? nonne eadem erat juris ratio?

III. Deinde quod affert ex Marciano, plane non video, quidnam ex illius ſententia colligere tentaverit, quod ad rem noſtram conducat. Ait porro Conſultus, valere codicillos, etiam ſi neque ſcribantur, neque ſignentur a teſtatore. An ideo intellexit fieri non poſſe per nuncupationem? Qui autem affirmat, eos valere ſive propria, ſive aliena manu conſcribantur, non videtur ſcripturam neceſſario in illis deſiderare. Huic ſimilis eſt alter juris locus, quem Faber, ac Boehmerus (*a*) afferunt ex Ulpiano, qui ita inquit (*b*): *quemadmodum plerique Pagani ſolent, quum teſtamenta faciunt per ſcripturam, adjicere: velle hoc etiam vice codicillorum valere*. Refert quidem Conſultus moris eſſe in teſtamento ſcripto clauſulam adjici, ut etiam valeret vice codicillorum. Sed ait Faber, ideo clauſula adjiciebatur in teſtamento ſcripto; quod inutilis hæc fieret in nuncupato; atque, ut arbitratur, teſtamentum per nuncupationem haud potuerit in vim codicillorum transforma-

(*a*) cap. pr. §. 7. ſuæ diſputationis. (*b*) l. 3. de teſtamento militis.

mari, nam codicilli neceſſario exigebant ſcripturam. Verum quam futiles ſint hujuſmodi argumentationes apparet ex ipſamet Ulpiani ſententia, qua nil aliud Conſultus ſignificare voluit, niſi quod plerique Pagani ſolent in teſtamento ſcripto adjicere illam clauſulam. At enim cur in teſtamento ſcripto? Reſpondeo, quia veteres perraro teſtabantur per nuncupationem; ac proinde uſus illius clauſulæ uſurpabatur in teſtamento per ſcripturam, veluti frequentiſſimo. Sed quid juris eſſet, ſi in teſtamento per nuncupationem clauſula adjiceretur? id non tradit Ulpianus, quum non eſſet illic locus. Ceterum idem juris fuiſſe exiſtimaverim, ac ſi exprimeretur in teſtamento ſcripto, quum par ſit in utroque ratio. Sed utcumque fuerit hujuſmodi clauſulæ uſus, quid quæſo ad codicillos ſive per ſcripturam, ſive per nuncupationem ex hoc Ulpiani loco? An quod conſueverant illam clauſulam adjicere teſtamento ſcripto, conficitur, codicillos non ſecus valere, quam per scripturam? Videant profecto, ne dum in jure ita argumentantur, in dialecticės regulas turpiter offendant.

IV. Præterea unde quæſo acceperunt, nuncupationem in codicillis primum manaſſe ex relata conſtitutione de quinque teſtium numero? Illic profecto non ea eſt mens Imperatoris, ut hoc induceret, ſed ut numerum teſtium definiret in codicillis; quod tamen ſervari juſſit tum in voluntate ſcripta, tum nuncupata, ut ex illius verbis manifeſte liquet. Tantum ergo abeſt, ut ex hac conſtitutione invaluerit uſus codicillorum per nuncupationem, quin etiam contrarium apparet ex iiſdem Imperatoris verbis. Statuit quidem quinque teſtium numerum in quavis voluntate præ-

ter

ter teſtamentum ; additque : *ſive in ſcriptis, ſive ſine ſcriptis voluntas conficiatùr* (a) . Quibus verbis plane non video , quemadmodum ſuſpicari liceat , tum primum inductum uſum codicillorum per nuncupationem . Demum , quod Boehmerus congerit ex illa perturbata codicillorum notione , quam falſo repetit ex epiſtolarum ratione , fruſtra hic duximus iterum expendendum , quum latius id principio refutavimus .

V. Verum, ut modo ſententiam noſtram aperiamus , haud negaverim ,origine ſua codicillos non niſi ſcripto primum conſignari conſueviſſe , quod ſatis intelligitur ex prima vocabuli ſignificatione. Sed aucto deinde codicillorum uſu , quoniam nulla juris ratio vetabat,quin inſtar teſtamenti poſſent quoque nuncupari,ubi fideicommiſſa admitti coeperunt non tam ſcripta voluntate,quam voce,quin & nutu;probabile fit, tum codicillos quoque per nuncupationem receptos , quibus præſertim fideicommiſſa relinquerentur. Et quidem declaratio voluntatis ſive ſcripto manifeſtetur , ſive voce pronuntietur, non ad jus pertinet , ſed humanæ tradita eſt facultati . Et quamquam Jus Civile poterat declarationis modum præſcribere ; quum tamen hoc non caverit in teſtamentis , nec proinde dicendum eſt , cautum eſſe in codicillis . Si autem tollas hanc expreſſam juris definitionem , nulla cauſſa erit , cur in teſtamentis nuncupatio permitteretur , non item in codicillis , quaſi nuncupatio liceret in ſolemni voluntate , non autem in minus ſolemni . Ceterum ſi eorum uſum ſpectaveris , non facile comperies nec apud veteres , nec moribus noſtris nuncupationis exempla in ſupremis , tum in teſtamentis , tum in codicillis ; quæque

(a) cit. l. ult. §. ult. C. de codicillis.

Digitized by Google

que conteſtationes hodie per nuncupationem factæ dicuntur, quum a tabulario in ſcripturam redigantur, re quidem ipſa vicem magis obtinent ſcriptæ voluntatis. Ac ſane in Juriſconſultorum ſcriptis haud reperies exempla teſtamentorum per nuncupationem, quæ tum demum fiebant, quum in re ſubitanea per ſcripturam non liceret, uti & hodie quotidie experimur; atque ut refert Suetonius in vita Horatii: *Deceſſit herede Auguſto palam nuncupato; quum urgente vi valetudinis non ſufficeret ad obſignandas teſtamenti tabulas*. Nec immerito; per nuncupationem enim nedum pandere neceſſe eſt voluntatem coram teſtibus; ſed quod magis putaverim, facile judicium defuncti deficere poteſt, ſi teſtes præmoriantur, antequam teſtatoris exprimant voluntatem, quum contra in voluntate ſcripta maneat teſtatoris judicium. Quare ut veteres raro teſtamenta per nuncupationem conficiebant, ita perraro nuncupabant codicillos; hi enim veluti non ſolemnes facilius redigebantur in ſcripturam.

VI. Sed ne rationum tantum momento Fabrum, ejuſque ſectatores oppugnemus, præſtat modo afferre quemdam juris locum ex Ulpiano, quo non obſcure Conſultus codicillos per nuncupationem innuere videtur. Verba ſunt (a): *Si judex aliquem ſic condemnet, ut quod habet ex teſtamento, vel codicillis Mævij, reſtitueret Titio, ſic accipiendum eſt, quaſi quantitatem nominavit, quæ teſtamento, vel codicillis relicta eſt. Sed & ſi fideicommiſſum SINE SCRIPTURA PRONUNTIATUM, idem erit probandum*. Agit hic Ulpianus de judicis ſententia, qua quis condemnatur ad fideicommiſſi præſtationem relicti vel in te-

(a) Ulpianus in l. 5. §. 1. de re judicata.

teſtamento, vel codicillis; & quoniam condemnatio a judice facta tum parit rei judicatæ actionem, quum in illa certam expreſſerit quantitatem, vel facta condemnatione ſine certa quantitate, hæc tamen certa comprehendatur in parte aliqua actorum (a): quærit idcirco Conſultus, an recte judex ſententiam pronuntiaverit, ſi non expreſſa quantitate, ita dixerit: *ut quod habet ex teſtamento, vel codicillis Moevij, reſtitueret Titio?* Et valere eam reſpondit, quaſi nominaſſet quantitatem, quæ in teſtamento, vel codicillis continetur. Quod ſi fideicommiſſum non ſcriptum, ſed voce ſit pronunciatum (pronunciare hic idem eſt ac nuncupare (b), idem dicendum eſſe affirmat. Primum quidem ſpeciem proponit de fideicommiſſo relicto in teſtamento, vel codicillis *per ſcripturam*, deinde *per nuncupationem*; in primo caſu nominat tum teſtamentum, tum codicillos; in altero vero non repetit conteſtationum genera, ſed ait: *ſed & ſi fideicommiſſum ſine ſcriptura pronuntiatum, idem erit probandum*. Quum ergo idem probet in fideicommiſſo ſive ſcripto, ſive pronuntiato, dicendum eſt, comprehendiſſe in poſteriori ſpecie quicquid propoſuerat in prima; ac propterea in prima loquutum de codicillis per ſcripturam, deinde per nuncupationem. Quod ſi velis abſtrahere codicillos a poſteriori ſpecie, nedum in Ulpiani ſententiam offenderis, qua voluit omnino comprehendere tum teſtamenta, tum codicillos, ut ex illius verbis manifeſte apparet; ſed cogeris affirmare, fideicommiſſa haud nuncupari potuiſſe per codicillos: Fideicommiſſa quidem in tantam benigniorem cauſſam adducta fue-

(a) l. 3. C. de ſententia, quæ ſine certa quantitate profertur.

(b) Vide etiam l. 25. qui teſtamenta facere poſſunt.

fuere, ut vel nutu relinqui poſſent (*a*); quod autem vetaretur eorum nuncupatio per codicillos, neſcio, qua fronte contendi poſſit, niſi haud verearis irruere in manifeſtiora juris principia.

§. V.

Quibus permiſſum eſt facere codicillos.

I. ALtera juris regula, qua codicillorum ratio conferri poteſt cum teſtamentis, ſpectat perſonas, quibus codicillorum factio permittitur, ut par in utriſque ratio habeatur; nimirum, ut cui interdicta ſit factio teſtamenti, eidem negetur & illa codicillorum, & contra (*b*), Etenim ſive agatur de ſolemni, ſive de minus ſolemni voluntate, juris civilis ratio non patiebatur, eum facere codicillos poſſe, qui teſtamenti factionem non haberet; quum quantum ad teſtandi poteſtatem idem jus utriſque eſſe debuerat. Hoc autem ita explicat Paulus (*c*): *Codicilli totiens valent, quotiens quis teſtamentum quoque facere poſſit. Non tamen hoc ita intelligemus, ut exigamus, potuiſſe eum eo tempore, quo ſcribit eos codicillos, teſtamentum facere; (quid enim ſi ſufficientium teſtium facultatem non habuit?) ſed ſi jure teſtamenti factionem habuit.* Factio quidem teſtamenti non ad teſtandi formam, ſed jus refertur: itaque qui ſufficientium teſtium copiam non habeat pro ſolemni voluntatis declaratione, non idcirco dicitur, fa-

 ctio-

(*a*) Ulpianus tit. 25. §. 3. Paulus ſent. recept. lib. 4. tit. 1.

(*b*) l. 6. §. 3. & l. 8. §. 2. de jure codicillorum.

(*c*) cit. l. 8. §. 2.

ctionem teſtamenti non habere, ut proinde nec codicillos facere poſſit; quum ſatis ſit, factionem ei non eſſe jure interdictam.

II. Verum utcumque unam, eamdemque juris rationem ſpectaverint quoad perſonas, quibus factio eſſet teſtamentorum, ac codicillorum; tamen vel quid diverſum conſiderarunt in teſtamenti, ac codicillorum tabulis, quarum benigniorem fecerunt cauſſam. In teſtamentis quidem non ſecus Prætor concedebat bonorum poſſeſſionem ſecundum tabulas, quam ſi is, qui teſtamentum faceret, utroque ſaltem tempore factionem teſtamenti habuiſſet, & quum teſtamentum condidit, & quum moritur; licet medio tempore eam amiſerit, ſi nempe capitis minutionem paſſus ſit (*a*). At in codicillis benignius receptum eſt, ut tempus tantummodo mortis ſpectetur, quo factionem teſtamenti habuerit, ut fideicommiſſum iis relictum valeret. Et ideo ait Ulpianus (*b*): *Si quis plane in inſulam deportatus codicillos ibi fecerit, & indulgentia Principis reſtitutus, iiſdem codicillis durantibus deceſſerit, poteſt defendi fideicommiſſum valere; ſi modo in eadem voluntate duravit.* Idem quoque affirmat Ulpianus (*c*); ſi filius familias codicillos fecerit, & emancipatus eos non mutaverit; vel ſi ſervus fecerit, & manumiſſus iis durantibus decedat; ex tacita enim voluntate codicilli convaleſcunt. Neque dixeris, id inductum in gratiam fideicommiſſi, non codicillorum; nam aperte Ulpianus fatetur, hæc locum non habere in fideicommiſſis, quæ teſtamento relicta ſint (*d*): *Hæc*

(*a*) l. 1. §. 8. de bonorum poſ. ſec. tabulas.

(*b*) l. 1. §. 5. de legatis 3.

(*c*) cit. l. 1. §. 1. de legatis 3.

(*d*) loco cit.

Hæc utique, ut inquit, *nemo credet in teſtamentis nos eſſe probaturos, quia nihil in teſtamento valet, quotiens ipſum teſtamentum non valet; ſed ſi alias fideicommiſſum quis reliquerit*, id eſt extra teſtamenti tabulas, nempe in codicillis. Rigorem quidem juris tenuerunt in teſtamentis, tamquam ex lege; ac proinde utroque ſaltem tempore factionem teſtamenti habere oportebat; benignitatem vero in codicillis veluti ex moribus; quibus ſi fideicommiſſa ſcriberentur, mortis tantummodo tempus ſpectabatur (*a*).

§. VI.

De variis Codicillorum modis.

I. PErſpecta generali codicillorum norma, quatenus a teſtamenti jure vel diſtinguatur, vel conferatur, ſermonis ratio poſtulat, ut modo videamus, quot codicillorum modos, ſive genera veteres admiſerint, ut deinde ſigillatim proprium cujuſque jus conſideremus, quatenus inter ſe ſe differrent. Ex libro ſingulari, quem Paulus ſcripſit de jure codicillorum, retulit Tribonianus in Pandectarum libris quemdam hujus Conſulti locum, quo varios eorum modos perſpicimus. *Conficiuntur*, inquit (*b*), *codicilli QUATUOR MODIS: aut enim in futurum confirmantur: aut in præteritum: aut per fideicommiſſum teſtamento facto; aut ſine teſtamento*. Ex quatuor hiſce codicillorum modis, quos Paulus diſtinguit, primi tres teſtamentum ſequuntur, tamquam illius ſupplementum, quoſque Juriſconſulti appellarunt ad *teſtamentum factos*, vel *per-*

(*a*) Vide Cujacium ad cit. legem. (*b*) l. 8. de jure codicillorum.

Digitized by Google

pertinentes (*a*) ; poſtremum vero reſpicit eos codicillos ; qui fiunt ſine teſtamento , nempe ab inteſtato . Atque ut uniuſcujuſque formam explicemus , primo codicilli ita conficiebantur , ut teſtamento confirmarentur *in futurum* ; quum nempe teſtator caverit teſtamento , ſe valere velle eos codicillos , quos ſcripſiſſet , ac deinde poſt factum teſtamentum eos revera ſcribat; hique codicilli *in futurum confirmati* dicebantur. Horum exemplum exhibet Marcellus (*b*) : *Lucius Titius teſtamento ita cavit : ſi quos codicillos reliquero , valere volo* . Alter modus erat ; quum contra conficiebantur codicilli ante teſtamenti tabulas , in quibus deinde confirmarentur , tumque dicebantur *confirmati in præteritum* ; ut ſi teſtamento quis dixerit : *quos cidicillos feci , aut reliqui , valere volo* . Ambo ergo teſtamento erant confirmati ; ſed ſi illi poſteriores eſſent , *in futurum* , ſi anteriores , *in præteritum* confirmati appellabantur . Interdum etiam una enunciatio complectebatur codicillorum confirmationem tum in futurum , tum in præteritum ; puta ſi teſtamento ita cavebatur : *quos codicillos feci* , *aut fecero* ; aut ſi generalis confirmationis formula adhiberetur , qualem profert Celſus (*c*) : *Hæc verba : ſi quid ad hoc teſtamentum pertinens reliquero , valere volo , etiam ea , quæ ante teſtamentum ſcripta ſunt , comprehendere* . Poterant quoque non omnes , ſed certi generis codicilli confirmari , tumque eos tantum valere ait Paulus (*d*) : *Si quis certi generis codicillos confirmaverit , puta : quos noviſſimos fecero , non utique ſtatim quæ codicil=*

(*a*) l. 8. §. 2. de tranſactionibus , l. 5. de his , quæ ut indignis &c.

(*b*) l. ult. de fideicommiſſariis libertatibus.

(*c*) l. 18. de jure codicillorum.

(*d*) l. 8. §. ult. eodem tit.

cillis dantur, conſiſtere videbuntur; & ideo ſi alii poſtea fiant, legata in prioribus data non valebunt.

II. Tertius codicillorum modus a Paulo relatus dicitur *per fideicommiſſum teſtamento facto*; nimirum quum teſtator voluntatem ſuam declaret codicillis ad teſtamentum factis, verbis quidem precativis, non autem directis; ſive quum fideicommiſſa in illis reliquerit. Exemplum eſto ex Scævola (*a*): *codicillis ita ſcripſit: Nigidium, Titium, Dionem libertos meos ſenes, & infirmos PETO in locis, in quibus nunc agunt, ſeneſcere patiamini*; verbum enim *peto* precativum erat: atque tot hujuſmodi codicillorum exempla reperies in libris juris, quot fideicommiſſa proſtant in codicillis relicta (*b*). Turpiter hic fallitur gloſſa, dum putat, codicillos per fideicommiſſum aliud hoc loco non intelligi, quam ſi confirmentur teſtamento verbis precariis; puta ſi teſtator ita caverit: *quæ codicillis cavi, vel cavero, peto, ut præſtetis*; hoc enim non utique conſtituit diverſum codicillorum genus, ſed tantum reſpicit variam verborum adhibitionem in confirmationis formula, quæ tamen utcumque proferatur, eorum non immutat naturam; ſive enim quis dicat: *quicquid codicillis reliqui, ita dare heres meus damnas eſto*, ſive: *quæ codicillis cavi, peto, ut heres meus præſtet*, una, eademque habebatur vis confirmationis; atque differentia inter verba precaria, ac directa non utique ſpectabat confirmationis formulam, ſed ipſam relicti naturam; nam quoquo modo, quibuſque verbis confirmatio proferretur, eadem æque conſiderabatur; ut idcirco non conſtitueret diſtinctam codicillorum formam. Haud negaverim tamen,

(*a*) l. 23. de uſu, & uſufructu per legatum, vel fideicommiſſum relictis.

(*b*) Vide Connanum comment. juris civilis lib. 9. cap. 6. n. 2.

men, veteres ſæpiſſime confirmationis formulam expreſſiſſe per verba precativa; quo ſane reſpexit Scævola, quum ait (a): *deinde codicillos per fideicommiſſum confirmavit*; attamen nil refert ad jus codicillorum, utrum directe, an per fideicommiſſum per verba nempe precativa confirmarentur. Nec Paulus alia de cauſſa varios eorum modos diſtinguere intellexit, niſi quod cuique tribuitur peculiaris quædam juris ratio; varia vero verborum conceptio in confirmatione quum jus diverſum non exprimat nec modum diverſum conſtituere poteſt. Quicquid autem varium confirmationis modum reſpiceret, quod varium jus pareret in codicillis, jam propoſuit in prioribus duobus codicillorum modis, quum nempe confirmentur in futurum, vel in præteritum. Atque ubi tertium codicillorum modum a prioribus diſtinguere voluit, id tantum ſignificare intellexit, quod poterant quoque confici codicilli *per fideicommiſſum teſtamento facto*: id eſt ſcribi in illis relicta per fideicommiſſum, ut ita diſtingueret codicillos teſtamento confirmatos, quibus legari poterat verbis directis, ſeu civilibus a codicillis non confirmatis, quibus non aliter relicta conſtarent, niſi expreſſa per fideicommiſſum, ſeu verba precativa, ut latius infra apparebit.

III. Quarto demum conficiebantur codicilli per fideicommiſſum quidem, ſed ſine teſtamento; nimirum quum quis inteſtatus decedens codicillos tantummodo relinquat, quo inquam caſu non ſecus conſiſtunt, quam ſi relicti præſtatio fidei heredis legitimi committatur. Formulam autem, qua potiſſimum concipi ſolerent, ita exponit Julianus (b): *ſi quis quum teſtamentum nullum habebat, codicil-*

(a) l. 37. §. 2. de legatis 3. (b) l. 3. principio de jure codicillorum.

Digitized by Google

cillis *fideicommiſſa hoc modo dedit*: *Quiſquis mihi heres erit, bonorumque poſſeſſor, ejus fideicommitto, fideicommiſſa præſtari debent*. Fideicommiſſorum quidem cauſſa, quæ extra legis rigorem ſpatiabatur, effecit, , ut etiam ab inteſtato decedentibus permitteretur fideicommiſſa codicillis relinquere. Hæc quidem Paulus habet. Tribonianus vero (*a*) breviorem tenet codicillorum diviſionem; eorumque duo tantum genera agnoſcit, ut vel conficiantur teſtamento facto, vel ſine teſtamento per fideicommiſſum: *Non tantum autem*, inquit, *teſtamento facto poteſt quis codicillos facere, ſed inteſtato quis decedens fideicommittere codicillis poteſt*. Cur autem Tribonianus minutam Pauli diviſionem neglexerit, opportunius videbimus capite ſequenti, quum ad jus novum acceſſerimus.

IV. Verum quamquam perſpicuum ſit, hos quatuor codicillorum modos jam eſſe pleno jure receptos Juriſconſultorum ſaltem ætate, quorum ſcripta Tribonianus tranſcripſit in Pandectarum collectione; numquam tamen credibile ſit, ut recte arbitratur Cujacius (*b*), & Hotomanus(*c*),uno eodemque tempore omnes apud veteres admiſſos. Hoc enim rei indoles ſatis declarat, quæ principio tantam juris immutationem in ſupremis non patiebatur; ſed quum a levioribus exordiamur, facile deinde ad majora patet progreſſus. Itaque admiſſis primo codicillis ad teſtamentum factis, quibus vel quod teſtamento comprehenſum non eſſet, ſuppleretur, aut variare liceret, ad codicillos demum etiam ſine teſtamento perventum eſt; quin quantum ex ipſo rerum ordine conjecturam ducere licet, an-

(*a*) Inſt. lib. 2. tit. ult. §. 1. (*b*) ad l. 2. de legatis 1. & ad l. 1. de legatis 3. (*c*) Inſt. lib. 2. tit. ult.

anteriores fortaſſe fuere codicilli confirmati in futurum illis in præteritum. Conſtat autem Plinii teſtimonio, qui vixit ſub Trajano, ea nempe ætate codicillos non aliter conſtitiſſe, quam ſi eſſent teſtamento confirmati; ſcribens enim ad Annium ita inquit (*a*): *Tu quidem pro cetera tua diligentia admones me, codicillos Aciliani, qui me ex parte inſtituit heredem, pro non ſcriptis habendos; QUIA NON SUNT CONFIRMATI TESTAMENTO. Quod jus ne mihi quidem ignotum eſt; quum ſit etiam iis notum, qui nihil aliud ſciunt. Sed ego propriam quamdam legem mihi dixi, ut defunctorum voluntates etiamſi jure deficerentur, quaſi perfectas tuerer. Conſtat autem, codicillos Aciliani manu ſcriptos; licet ergo non ſint confirmati teſtamento, a me tamen ut confirmati obſervabuntur.* Scio, hunc Plinii locum a pleriſque interpretibus (*b*) intelligi de codicillis, teſtamento anterioribus, qui confirmari debuerant poſteriori teſtamento. Sed gratis hoc aſſeritur, quum ex Plinii verbis id minime appareat: nec alia de cauſſa codicillos jure pro non ſcriptis habendos eſſe dicitur, niſi quia non eſſent teſtamento confirmati; quod quidem jus, ut ait, *ne mihi quidem ignotum eſt, quum ſit etiam iis notum, qui nihil aliud ſciunt*. Vulgata ergo tum erat hæc juris regula, quæ tamen non video, quemadmodum intelligenda ſit de anterioribus teſtamento dumtaxat, non item poſterioribus. Et quidem interpretes conſulto acceperunt hunc Plinii locum de codicillis tantum anterioribus teſtamento, ut ita explicarent difficiles quoſdam juris locos, Papiniani nempe, & Triboniani in inſtitutionibus; ſed fruſtra elaborarunt, ut

(*a*) lib. 2. epiſt. 16.

(*b*) Vide Duarenum diſput. anniver. lib. 2. cap. 42. Balduinum in inſt. lib. 2. tit. ult. Bynkershoekium lib. 8. obſ. cap. 13.

ut infra ſuo loco dicemus. Itaque, niſi recedamus a ſimplici verborum intelligentia, dicendum eſt, Plinii ætate nondum admiſſos codicillos teſtamento non confirmatos; quod tamen poſtmodum licuit, dummodo ſcriberentur per fideicommiſſum; quos ſane Paulus retulit ad tertium codicillorum modum, ut jam monuimus.

§. VII.

De peculiari jure cuique codicillorum generi accommodato; ac primum de codicillis ſine teſtamento.

I. EXpoſitis jam quatuor codicillorum modis, ut Paulus deſcripſit, ſequitur modo, ut proprium cujuſque jus perſequamur, quatenus inter ſe ſe diſcriminentur quoad varios juris effectus cuique tributos; ideo enim Conſultus eos diſtinguit, quod diverſis quibuſdam juris regulis regantur. Ut autem rectius peculiarem illorum indolem intelligamus, placet tractationem primum inſtituere de codicillis ſine teſtamento, tum deſcendere ad ceteros codicillos, qui teſtamento ſuperadduntur. Et quamquam inverſo veluti ordine hoc fieri videatur, quum inſpecta eorum origine hi quidem poſteriores illis fuerint: attamen quoad juris rationem conſiderati qui codicilli ab inteſtato fiunt, primo loco exponendi videntur; quippe qui imaginem quamdam teſtamenti præſeferunt, ac ſæpiſſime ejus naturam imitantur; quum contra codicilli ad teſtamentum pertinentes habeantur tanquam illius ſequela, ac additamenta. Quoniam ergo primum eſt in jure perſpicere quicquid vertit ad teſtamenti cauſſam, tum conſiderare il-

Digitized by Google

lius appendices, quæ profecto diverſam exhibent a teſtamentis rationem, non immerito hic duximus exordiri a codicillis ab inteſtato, tamquam ab ea ſuprema voluntate, quæ licet non ſolemnis, ſolemnis conteſtationis vice conſideratur.

II. Quum dicimus codicillos ſine teſtamento, intelligimus *eam minus ſolemnem voluntatem*, *qua quis ab inteſtato decedens fidei heredis legitimi committit*, *ut vel totam, vel partem hereditatis aliis reſtituat*; quod ea nempe formula exprimi ſolebat: *Quiſquis mihi heres erit*, *bonorumve poſſeſſor*, *ejus fideicommitto* &c. Ea ergo eſt vis, atque poteſtas hujuſmodi codicillorum, ut ſi quis ſine teſtamento decedere maluerit; poſſit nihilominus bona ſua cui magis placuerit, relinquere per codicillos; dummodo voluntatem ſuam expreſſerit per fideicommiſſum, eligendo fidem heredis legitimi, qui vel totam hereditatem, vel partem reſtituere tenetur ea lege, quæ codicillis jubetur. Mirum hic quidem prima fronte videtur, quomodo inteſtatus is deceſſiſſe dicatur, qui revera de bonis ſuis ſtatuit quicquid poſt mortem ſuam fieri velit; utcumque enim hoc fiat per fideicommiſſum, re tamen ipſa non ſecus de rebus ſuis teſtatur, ac ſi conderet teſtamentum. Ut plenius id cognoſcatur, res aliquanto altius eſt repetenda.

III. Jam ſupra innuimus, quemadmodum Auguſti ætate res teſtamentaria novam veluti formam receperit tum uſu codicillorum, tum neceſſaria fideicommiſſorum præſtatione; quæ tamen quum revera opponeretur veteri juris civilis obſervationi, ita velari oportebat, ut in leges aperte non offenderet; ne quæ moribus eſſent conſtituta le-

legibus adverſari viderentur. Ac ſane ex jure XII. tabularum manaverat, ut defunctorum voluntates non ſecus ſervarentur, quam juſſæ teſtamento ſolemni verbis imperativis, ac civilibus, tum quoad hereditatis dationem, tum legatorum, tutelarum, ac libertatum (*a*). Et quamquam vel ante Auguſtum uſus fideicommiſſorum cœpiſſet, quorum ope, ut leges fraudarent, ſolebant teſtatores per manus heredis perducere bona ſua ad illos, qui jure capere non poterant; tamen quum hoc penderet ex fide heredis, nec ullo juris vinculo ſtringebatur; ſtetit propterea in ſupremis vetus juris obſervatio. At poſtquam Auguſti auctoritate factum eſt, ut heredes vel inviti tenerentur ad fideicommiſſorum reſtitutionem; tum admiſſo quoque codicillorum uſu Juriſconſulti modum invenerunt, quo declinarent quidem ab juris rigore ſine expreſſa ejus offenſione; atque quum antea teſtari vetaretur, niſi ſolemni teſtamento, verbiſque imperativis, fideicommiſſorum colore facultatem quoque præbuerunt teſtandi ſine juris ſolemnibus per codicillos, ſive totam hereditatem, ſive partem; adeo ut immutatis verborum formulis, idem fere tribueretur codicillis, quod proprium eſſet teſtamenti. Enim vero eam hereditatis dationem, quæ verbis civilibus concepta teſtamento tantum conſtabat, in fideicommiſſi cauſſam converſam ad codicillos tranſtulerunt; & quoniam in fideicommiſſis neceſſario alterius fides eligi debuerat, adhibuerunt idcirco fidem heredis legitimi, quaſi teſtator eos ſcripſiſſet heredes, ad quos hereditas perventura eſſet ab inteſtato; atque, ut perbelle Paulus inquit (*b*): *ideo fideicom-*

(*a*) Vide Cujacium obſer. 11. cap. 25. & Schultingium ad Ulpianum tit. 24. nota 2. & 3. (*b*) l. 8. §. 1. de jure codicillorum.

miſſa dari poſſent ab inteſtato ſuccedentibus, *quoniam creditur paterfamilias ſponte ſua bis relinquere legitimam hereditatem*.

IV. Hinc facile intelligimus, cur inteſtatus diceretur, qui codicillis omnia bona ſua relinqueret. Etenim is lege teſtatus habebatur, qui juſtam mentis ſuæ ſententiam in teſtamento aperiret; ac propterea, ut juris rigorem quodammodo retinerent, factum eſt, ut quamvis codicillis jubere permitteretur, quicquid teſtatori placuiſſet; tamen, quoniam non niſi per fideicommiſſum id liceret electa heredis legitimi fide, inteſtatum proinde eum deceſſiſſe affectabant, qui revera ſupremam voluntatem ſuam codicillis expreſſerat; præſertim quum teſtatus jure dici non poſſet, qui licet ſponte ſua hereditatem relinquere videbatur heredibus legitimis, deerat tamen expreſſa heredis inſtitutio ad legis modum concepta: *poteſtas* enim *teſtamenti*, ut ait Ulpianus (*a*), *ab heredis inſtitutione incipit*. Itaque codicillis ſine teſtamento confectis utcumque ab inteſtato quis deceſſiſſe dicebatur; recte tamen poterat per hujuſmodi minus ſolemnem voluntatem immutatis verborum formulis idem prorſus cavere, quod teſtamento liceret. Etenim re quidem ipſa tantum valet expreſſa heredis inſtitutio in teſtamento verbis imperativis concepta, quantum tacita heredis legitimi in codicillis per fideicommiſſum; ac proinde non minus teſtari intelligitur, qui nominatim heredem inſtituat, quam qui ſi non nominatim, habetur tamen, quaſi ſcripſiſſet heredem ſuccedentem ab inteſtato, a quo fideicommittit. Quæ quum

(*a*) tit. 24. §. 15.

Digitized by Google

quum ita ſint, quid aliud intererit inter utramque teſtationem, niſi ſolemnis forma, juriſque ſubtilitas? Nomen quidem adſcr ipſerunt codicillis *ab inteſtato*, quatenus nec nominatim heres ſcribatur, nec alius, quam legitimus eſſe poſſit; ſed ſi rem ipſam conſideraveris, teſtamenti loco habentur, niſi dicas, quod ob fideicommiſſi rationem liceat heredibus legitimis quartam retinere. Merito ergo Paulus (*a*) eos ita deſcripſit, ut *vicem teſtamenti exhibeant*; quum revera teſtamenti indolem imitentur.

V. Poſito hoc juris principio in codici llis ſine teſtamento, nimirum ut per fideicommiſſum cuique permitteretur, ut magis vellet, bona ſua relinquere ex fide heredis legitimi, plura conſequentia inde fluxere. Ac primo ſumma conſtituta eſt differentia inter hos codicillos, & eos, qui ad teſtamentum facti dicuntur: illi quidem ſponte ſua conſiſtunt, atque quum habeantur teſtamenti vice, ſuis proinde viribus recte ſubſiſtunt. Codicilli autem ad teſtamentum pertinentes tantum valent, quantum & ipſum teſtamentum conſtet; quum jus illius omnino ſequantur; ideoque rupto teſtamento, vel quoquo modo irrito facto, neceſſario & codicilli concidunt; quod ita Paulus exponit (*b*): *Ad teſtamentum autem, quod quoquo tempore feciſſet, pertinent codicilli; & ut manifeſtius dicam: inteſtato patrefamilias mortuo nihil deſiderant codicilli, ſed vicem teſtamenti exhibent; teſtamento autem facto jus ſequuntur ejus.*

VI. Deinde ex tacita illa generali heredis legitimi appellatione in ea formula contenta *quiſquis mihi heres erit, bo-*

(*a*) l. 16. de jure codicillorum. (*b*) cit. l. 16. de jure codicillorum.

Digitized by Google

bonorumve poſſeſſor , ejus fidei committo &c. prodiit quædam potior juris ratio in codicillis ab inteſtato, quam in ipſo teſtamento. Etenim quum habeatur, quaſi ſcripſiſſet heredes omnes ſuccedentes ab inteſtato ſive natos, ſive naſcituros, fit propterea, ut agnatione poſtumi etſi teſtamentum ſtatim rumpatur, hujuſmodi tamen codicilli numquam evaneſcant; quiſquis enim fuerit ſucceſſor legitimus tum ante, tum poſt codicillos natus , tamquam in inteſtati voluntate comprehenſus videtur , ideoque non rumpuntur . Atque , ut Julianus inquit (*a*) : *ſi quis quum teſtamentum nullum habebat , codicillis fideicommiſſa hoc modo dedit : Quiſquis mihi heres erit , bonorumve poſſeſſor , ejus fidei committo , fideicommiſſa præſtari debent , quia paterfamilias , qui teſtamenti factionem habet , & codicillos faceret , perinde haberi debet , ac ſi omnes heredes ejus eſſent , ad quos legitima ejus hereditas , vel bonorum poſſeſſio perventura eſſet . Sed & ſi poſt codicillos factos natus quis eſſet proximus adgnatus , vel ſuus heres , fideicommiſſum præſtari debebit ; intelligitur enim is quoque heres ſcriptus , & ideo non perinde habendus eſt , ac ſi rupiſſet hos codicillos*. Quod & Paulus ita confirmat (*b*) : *Ab inteſtato factis codicillis relicta etiam poſtea natus inteſtati ſucceſſor debebit ; quicumque enim ab inteſtato ſucceſſerit , locum habent codicilli ; nam unus caſus eſt , nec intereſt , quis ſuccedit , dum inteſtato ſuccedat .* Unus caſus eſt , inquit , in quem omnes comprehendi videntur ; nimirum ſi quis ab inteſtato heres extiterit , ac proinde quoad cuivis legitimo ſucceſſori ſit locus , quiſquis ille ſit , codicilli numquam evaneſcunt ; quod tamen non

(*a*) l. 3. de jure codicillorum. (*b*) cit. l. 16. eodem tit.

Digitized by Google

non obtinet in teſtamentis, quibus heres certus inſtituitur(*a*). Idem probatur, ſi teſtator neglecta generali formula *quiſquis mihi heres erit*, *bonorumve poſſeſſor* cum eo tantum loquatur in codicillis, cui relinquit, puta ſi dixerit: *peto Caj Sei contentus ſis illa re*, *aut volo tibi illud præſtari* (*b*); nam in fideicommiſſis, in quibus voluntas magis, quam verborum formulæ, ſpectantur, *quæri non oportet*, inquit Papinianus (*c*), *cum quo de ſupremis quis loquatur*, *ſed in quem voluntatis intentio dirigatur*; tacite enim intelligitur, a quovis herede legitimo petiiſſe fideicommiſſi præſtationem. Quod ſi nominatim elegerit fidem alicujus ex legitimis heredibus, puta: *rogo Sejum filium meum*, *ut præſtet Titio centum*, fideicommiſſum quidem conſiſtit, ſed repudiante filio, ſi ad alium ſucceſſio devolvatur, codicilli, uti & fideicommiſſum evaneſcunt; nam qui rogatus non eſt, fideicommiſſo non obligatur, atque electa fide certæ perſonæ, nequit ad alios transferri, quod ita explicat Ulpianus (*d*): *illud certe indubitate dicitur*, *ſi quis inteſtatus decedens ab eo*, *qui primo gradu ei ſuccedere potuit*, *fideicommiſſum reliquerit*, *ſi illo repudiante ad ſequentem gradum devoluta ſit ſucceſſio*, *eum fideicommiſſum non debere*; *& ita Imperator noſter reſcripſit* (*e*).

VII. His ita perſpectis de jure codicillorum ſine teſtamento, quum, ut diximus, idem revera permitteretur teſtatoribus in hujuſmodi codicillis per verba precaria, quod imperativo modo admittebatur in ſolemni teſtamento;

(*a*) Vide Cujacium in lib. 21. quæſtionum Pauli ad l. 16. de jure codicillorum.

(*b*) Paulus recept. ſent. lib. 4. tit. pr. §. 5. & l. 69. de legatis 3.

(*c*) l. 77. §. 26. de legatis 2.

(*d*) l. 1. §. 9. & 10. de legatis 3.

(*e*) Vide Cujacium obſer. lib. 2. cap. 3.

Digitized by Google

to; ita ut præter verborum formulas, juriſque ſolemnia nil vetabatur in codicillis relinquere, quod teſtamento liceret; tanta proinde facta eſt affinitas inter utramque teſtationem, ut non facile diſtingueretur, quid revera teſtator ſcribere intellexerit, an teſtamentum, an codicillos ab inteſtato. Hæc autem voluntatis quæſtio locum habet; quum teſtator neglectis juris ſolemnibus quaſi codicillos conficiat, iiſque adjiciat heredis inſtitutionem, quæ ſane teſtamento tantum permittitur, nec codicillis adhiberi poteſt, niſi converſa in cauſſam fideicommiſſi. Hinc dubitabatur, an quantum ad teſtatoris conſilium hujuſmodi teſtationes accipiendæ ſint, tamquam ſi teſtamentum condere exiſtimaverit, an potius codicillos ab inteſtato? Et quidem multum intererat hoc definiri; nam ſi teſtamenti loco haberentur, inutilis prorſus fieret teſtatoris voluntas tamquam injuſta, ſive non ſolemniter declarata; ſin codicillorum, tum relicta valebant fideicommiſſi nomine ab legitimis heredibus præſtanda, ac proinde ſi dicatur, teſtatorem revera teſtamentum facere intellexiſſe, concidunt omnia, quæ ſcripſit; ſin codicillos magis relinquere velle credatur, devoluta hereditate ad legitimos, in vim fideicommiſſi hi coguntur eamdem reſtituere ſcriptis heredibus. Sed præſtat Papinianum audire, qui rem omnem una ſententia complexus eſſe videtur (a): *Tractari ſolet, inquit, de eo, qui quum tabulas teſtamenti non feciſſet, codicillis ita ſcripſit: TITIUM HEREDEM ESSE VOLO. Sed multum intereſt, utrum fideicommiſſariam hereditatem a legitimo per hanc ſcripturam, quam codicillorum inſtar habere voluit, reliquerit; an vero teſtamen-*

(a) l. 13. §. 1. de jure codicillorum.

Digitized by Google

mentum facere ſe exiſtimaverit ; *nam hoc caſu nihil a legitimo peti poterit*. Recte hic Cujacius animadvertit (*a*), dubitationem in hac ſpecie augere illud verbum *volo*, quod precativum erat ; ut non immerito argumentari potuerit, teſtatorem intellexiſſe, fideicommiſſariam magis hereditatem per codicillos relinquere : in teſtamentis enim inſtitutio imperative fieri debet. In hac ergo rerum ambiguitate optime Papinianus tradidit, hoc pertinere ad voluntatis quæſtionem ; ideoque ex conjecturis ductis ex teſtatoris mente res erat definienda : *Voluntatis autem quæſtio*, ſubdit, *ex eo ſcripto plerumque declarabitur* ; *nam ſi forte a Titio legata reliquit*, *ſubſtitutum adſcripſit*, *heres ſi non extitiſſet*, *ſine dubio non codicillos*, *ſed teſtamentum facere intelligitur*. Mens igitur teſtatoris exploranda videtur, an revera codicillos facere exiſtimaverit, an teſtamentum, quod non niſi ex conjecturis percipietur ; ſi enim, ut recte Papinianus monuit, vel legata reliquerit, vel heredi ſubſtitutum adjungat, tum profecto dicemus, teſtamentum, non codicillos facere voluiſſe ; Datio enim legatorum ab herede relicta ; vel ſubſtitutio quum nequeant referri ad codicillos ab inteſtato, ſatis declarant de teſtamento cogitaſſe ; ideoque relicta in hujuſmodi ſcriptura non valebunt quidem, tamquam ex codicillis, quum appareat, teſtatorem haud intellexiſſe facere codicillos ; nec ex teſtamento, veluti confecto ſine juris ſolemnibus. Huc quoque reſpexit Diocletianus, quum reſcripſit (*b*) : *non codicillum*, *ſed teſtamentum aviam veſtram facere voluiſſe*, *inſtitutio*, & *exhe-*

 re-

(*a*) lib. 19. quæſtionum Papiniani adcit. l. 13. de jure codicillorum.
(*b*) l. 14. C. de teſtamentis.

redatie facta probant evidenter. Similem quidem dubitationem Imperatori propoſuerant: qui tamen ut in facto cognovit, inſtitutionem, quin & exheredationem quoque adeſſe, recte ſtatuit, teſtamentum revera aviam facere intellexiſſe, non codicillos; quum hæc ad primam teſtationem omnino pertineant. Sed cur Papinianus ait *plerumque*? quia non ſemper hoc poterit dijudicari ex contentis in ipſa ſcriptura, tumque neceſſario recurrendum ad alias conjecturas. Quo quidem ſpectat ſpecies a Paulo propoſita; quum inquit (*a*): *Si palam heres nuncupatus ſit, legata autem in tabulis collata fuerint, Julianus ait, tabulas teſtamenti non intelligi, quibus heres ſcriptus non eſt, & magis codicilli, quam teſtamentum exiſtimandæ ſint*; teſtamenti namque ratio non patitur, partim nuncupari, partim in tabulis conferri, nec tabulas teſtamenti recte dixeris, quibus deſit heredis inſtitutio; ideoque in hac ſpecie magis codicillos feciſſe intelligitur, quam teſtamentum.

§. VIII.

De teſtamentis in codicillos ab inteſtato transformandis. Sive de clauſula, quam vocant *CODICILLAREM*.

I. Nemo ignorat, quæ, quantave fuerit apud veteres ſcrupuloſa juris obſervatio in teſtamentis condendis, quove ſtudio perpendere oportebat tabularum rationem; ne ob neglectam vel minimam juris ſubtilitatem

(*a*) l. ult. de jure codicillorum.

Digitized by Google

tem ſuprema judicia ſubverterentur: atque, ne facile conciderent defunctorum voluntates, ſæpiſſime adhibebatur juriſperiti conſilium, qui arte ſua occurreret, quo tabulæ peccare viderentur. Hinc introductis codicillis ab inteſtato, quoniam horum ratio non diſtabat a teſtamenti cauſſa, niſi quantum ad juris ſolemnia, variaſque verborum formulas; modum quidem excogitarunt, quo teſtamenta ipſa in codicillos transformari poſſent, ut ſi ob juris umquam rigorem ruerent tabulæ teſtamenti, præſto eſſet codicillorum ratio, qua voluntas ſuſtentaretur. Hoc quidem factum eſt ope cujuſdam clauſulæ, vulgo *codicillaris* dictæ, quam teſtamento adjicere ſolebant, cujuſque vi inductum eſt, ut ſublata teſtati cauſſa, ſive qnod teſtamentum eſſet imperfectum, ſive quod non eſſet jure factum; ſtaret ſaltem defuncti judicium, veluti ex codicillis ab inteſtato: tumque ſucceſſione converſa in cauſſam fideicommiſſi, conſtabat quidem voluntas in teſtamento ſcripta, non tamen ex teſtati, ſed inteſtati ratione; ita ut recte poſſet peti ab heredibus legitimis per fideicommiſſum, quod directe non liceret ex inutili teſtamento. Summa ergo eſt, ut quum codicilli ab inteſtato immutatis verborum formulis teſtamenti poteſtatem re ipſa exprimerent, facile fuit convertere voluntatem in teſtamento nullo expreſſam in codicillorum rationem; atque adhibita clauſula, ut nempe ea voluntas valeret *etiam vice codicillorum*, ubi teſtati ratio deficeret ex juris rigore, ſtatim ſuccederet inteſtati regula benignior, tamquam ex codicillis, qua eadem voluntas ſuſtentari valeret per fideicommiſſum.

II. Hæc autem clauſula, ut tradit Ulpianus, ita po-

potiſſimum concipi ſolebat (*a*): *volo, hoc etiam vice codicillorum valere*, quaſi dixerit, ſe quidem teſtamentum facere intelligere; quod ſi ob fortuitos caſus, qui contingere poterant, tabulæ teſtamenti non valerent, tum ejus voluntatem valere velle *etiam vice codicillorum*, tamquam ſi codicillos, non teſtamentum feciſſet. Idem quoque probarunt, ſi clauſula non expreſſe adjiceretur, ſed tacite; quum nempe aliunde conſtiterit, teſtatorem omnimodo intellexiſſe, ſe valere velle, quæ in illa ſcriptura reliquerit *in omnem ſucceſſionis ſpeciem*, quod tamen pluribus exemplis demonſtrabimus. Primum eſt in ſpecie a Paulo propoſita (*b*): *Ex his verbis*, inquit, *quæ ſcripturæ paterfamilias addidit*: *HOC TESTAMENTUM VOLO ESSE RATUM QUACUMQUE RATIONE POTERIT*, *videri eum voluiſſe, omnimodo valere ea, quæ reliquit, etiam ſi inteſtatus deceſſiſſet*; illud enim *quacumque ratione poterit* ſatis declarat, teſtatorem de utraque ſucceſſione cogitaſſe, tum ex teſtamento, tum ex codicillis ab inteſtato. Alterum exhibet Scævola de quodam teſtamento non jure facto; in quo tamen teſtator ita declaraverat (*c*): *Lucius Titius hoc meum teſtamentum ſcripſi ſine ullo juriſperito, rationem animi mei potius ſequutus, quam miſeram diligentiam* (*d*); *& ſi minus aliquid legitime, minuſque perite fecero, pro jure legitimo haberi debet hominis ſani voluntas. Deinde heredes inſtituit*. *Quæſitum eſt, inteſta-*

(*a*) l. 3. de teſtamento militis.

(*b*) l. 29. §. 1. qui teſtamenta facere poſſunt.

(*c*) l. 88. §. 17. de legatis 2.

(*d*) Solebant quidem Juriſperiti teſtamenta dictare, iiſque adeſſe; quare Cicero lib. 2. de oratore cap. 6. ita Scævolæ illudit: *Si nullum erit teſtamentum recte factum, niſi quod tu ſcripſeris, omnes ad te cives cum tabulis veniemus; omnium teſtamenta tu ſcribes unus.*

Digitized by Google

ſtati ejus bonorum poſſeſſione petita, an portiones adſcriptæ ex cauſſa fideicommiſſi peti poſſunt? Reſpondi ſecundum ea, quæ proponerentur, poſſe. Hoc quidem teſtamentum etſi non jure factum dicebatur, tamen quoniam teſtator poſthabita juris ſcrupuloſitate oſtenderat, ratam haberi velle voluntatem ſuam, licet minus legitime, minuſque perite teſtatus eſſet, recte Scævola reſpondit ex cauſſa fideicommiſſi tamquam ex codicillis ſervari debere quicquid eſſet injuſto teſtamento ſcriptum ita ut devoluta ſucceſſione ad heredes legitimos, ex horum fide præſtarentur heredibus ſcriptis portiones ſibi in teſtamento adſcriptæ (*a*). Ultimum affert Papinianus in hæc verba (*b*): *Filius matrem heredem ſcripſerat, & fideicommiſſa tabulis data cum jurisjurandi religione præſtari rogaverat. Quum teſtamentum nullo jure factum eſſet; nihilominus matrem legitimam heredem cogendam præſtare fideicommiſſa reſpondi; nam ENIXÆ VOLUNTATIS PRECES AD OMNEM SUCCESSIONIS SPECIEM PORRECTÆ VIDEBANTUR.* In hac ſpecie quoque teſtamentum jure non conſtabat, ſed quoniam teſtator heredem obſtrinxerat cum jurisjurandi religione ad præſtationem fideicommiſſorum: idcirco devoluta ſucceſſione ab inteſtato ad ipſam matrem heredem ſcriptam in teſtamento, Papinianus putavit, fideicommiſſa omnino deberi quaſi ex codicillis ea eleganti ratione, quod enixæ preces teſtatoris, quibus vel jurejurando matrem rogaverat, ut fideicommiſſa præſtarentur, porrigi debuerant *ad omnem ſucceſſionis ſpeciem* tum nempe ex teſtamento, tum ab inteſtato; qui enim quid dari precatur enixæ voluntatis ſignificatio-

(*a*) Vide Cujacium lib. 3. reſponſ. Scævolæ ad cit. l. 88. §. 17. de legatis 2.
(*b*) l. 77. §. 23. de legatis 2.

Digitized by Google

tione, is omni modo id valere velle oſtendit, quod perinde habetur, ac ſi dixerit, voluntatem ſuam valere velle *quacumque ratione poterit* (a).

III. Ex adductis autem juris locis manifeſtiſſime apparet non aliter teſtamenta transformari in codicillos, niſi clauſula vel expreſſe adjiciatur, vel tacite intelligatur; quod tamen tum colligere licet, quum aliunde conſtiterit, eam revera fuiſſe teſtatoris mentem, ut cogitaverit nedum de ſucceſſione ex teſtamento, ſed ab inteſtato ex codicillis. Alioquin ſi nullum appareat voluntatis indicium, ita teſtatorem ſenſiſſe, nihil prorſus debetur ex injuſta teſtamenti ſcriptura, nec tabulæ perduci poterunt ad codicillos. Quod ita definit Ulpianus (b): *Sæpiſſime reſcriptum, & conſtitutum eſt, eum, qui teſtamentum facere opinatus eſt, NEC VOLUIT QUASI CODICILLOS ID VALERE, videri nec codicillos feciſſe. Ideoque quod in illo teſtamento ſcriptum eſt, licet quaſi in codicillis poterit valere, tamen non debetur*. Etenim juris ratio non patitur, defuncti judicium porrigi ad illam ſucceſſionis ſpeciem, de qua non cogitavit, nec benigna codicillorum cauſſa efficiet, ut ea voluntas rata habeatur quacumque ratione poterit, quum teſtator ita ſe velle non ſignificaverit: hoc enim non eſſet ſequi, ſed adverſari magis illius voluntati. Quod adeo in jure perſpicuum eſt, ut vel ſi fideicommiſſa ſcripta ſint in teſtamento imperfecto ſine clauſulæ adjectione vel expreſſa, vel tacita, negat Ulpianus ea deberi quaſi ex codicillis (c): *Quotiens*, inquit *quis exemplum teſtamenti præparat, & prius decedat, quam teſtetur, non va-*

(a) Vide Cujacium lib. 8. reſponſ. Papiniani ad cit. l. 77. §. 23. de legatis 2.

(b) l. pr. de jure codicillorum.

(c) l. 11. §. 1 de legatis 3.

Digitized by Google

valent quaſi ex codicillis, quæ in exemplo ſcripta ſunt, licet verba fideicommiſſi ſcriptura habeat, quod & Paulus etiam comprobavit (*a*); quum tamen ſi clauſula adjecta ſit in teſtamento imperfecto, idem Ulpianus fatetur deberi,quod in illo ſcriptum reperitur vice codicillorum (*b*). Fideicommiſſorum quidem cauſſa efficere nequit, ut teſtamenta in codicillos converti valeant; quum hoc tantum pendeat ex teſtatoris arbitrio, cujus judicium omnino ſequi oportet.

IV. Sed quid dicemus de quadam imperiali ſententia a Paulo relata, qua contrarium ſtatui videtur? Species eſt: Quidam in teſtamento alumnæ ſuæ, quam ſumme dilexerat, libertatem dedit, ac fideicommiſſa quoque reliquit; quum autem teſtamentum eſſet imperfectum, nec teſtator cogitaſſet de ſucceſſione quaſi ex codicillis, quærebatur, an delata hereditate ab inteſtato, alumna manumitti deberet, eique fideicommiſſa præſtanda veluti ex codicillis? Et Imperator affirmavit (*c*): *In teſtamento*, ait Paulus, *quod perfectum non erat alumnæ ſuæ libertatem, & fideicommiſſa dedit. Quum omnia, ut ab inteſtato egiſſent, quæſiit Imperator, an ut ex cauſſa fideicommiſſi manumiſſa fuiſſet? & interloquutus eſt: ETIAMSI NIHIL AB INTESTATO PATER PETIISSET, PIOS TAMEN FILIOS DEBUISSE MANUMITTERE EAM, QUAM PATER DILEXISSET. Pronunciavit igitur, recte eam manumiſſam, & ideo fideicommiſſa etiam ei præſtanda*. Cujacius arbitratur (*d*), id

(*a*) cit. l. 29. qui teſtamenta facere poſſunt, & l. 7. C. Theodoſiano de teſtamentis, & codicillis.

(*b*) cit. l. 3. de teſtamento militis.

(*c*) l. 38. de fideicommiſſariis libertatibus.

(*d*) ad cit. l. 29. qui teſtamenta facere poſſunt.

Digitized by Google

id quidem admiſſum in gratiam alumnæ, quam teſtator dilexerat loco filiæ; hic autem agi de teſtamento inter liberos, in quibus licet imperfectis conſtant tamen relicta quantum ad portiones iiſdem filiis adſcriptas (a). Quamvis ergo clauſulam pater non adjecerit; nihilominus quantum ad alumnæ perſonam a teſtatore dilectam, creditur, voluiſſe omnimodo valere etiam ab inteſtato, quod alumnæ reliquit; atque hinc colligit Cujacius, relicta in teſtamento imperfecto ſine clauſulæ adjectione recte valere, non modo quoad filios, ſed & propinquos, uxorem, alumnos, ceteraſque perſonas, quibus veriſimile eſt omnimodo præſtari teſtatorem voluiſſe etiam ab inteſtato. Attamen meo judicio auſim affirmare, hoc referri debere ad ſpeciale Imperatoris decretum pronuntiatum favore libertatis in gratiam alumnæ a teſtatore dilectæ, licet ex conſequenti fideicommiſſa quoque præſtari juſſiſſet. Conſideratio quidem benevolentiæ teſtatoris erga alumnam effecit, ut favore libertatis manumiſſio tranſferretur ad quamcumque ſucceſſionis ſpeciem, quando vel fideicommiſſa præſtari oportebat, ait enim Paulus: *Pronunciavit igitur, recte eam manumiſſam & ideo fideicommiſſa etiam ei præſtanda*; ſi enim favore libertatis manumiſſio debebatur ab inteſtato, cauſſa non erat, cur fideicommiſſa quoque non præſtarentur. Quare, quod in hac ſpecie pronunciatum eſt in gratiam manumiſſionis alumnæ, haud crediderim ſine clauſulæ adjectione perduci potuiſſe ad ceteras perſonas tamquam a teſtatoribus dilectas.

V. Quam hactenus doctrinam expoſuimus de clauſula co-

(a) Hodie ex novella 107. ex imperfecto teſtamento inter liberos valent etiam legata, & fideicommiſſa extraneis relicta, ſi modo teſtamentum ſit holographum, ac teſtibus ipſis palam fuerit nuncupatum.

codicillari, ſive de teſtamentis in codicillos transformandis ex limpida Romanorum juriſprudentia, non ſine rei forenſis pernicie conturbavit Pragmaticorum inſolentia. Hi quidem quum, ut ſolent, non viderint, unde hujuſmodi clauſula derivaſſet, quove juris principio ſuſtentaretur, nec proinde perſpectam habuere ejus vim, atque poteſtatem; ut nil mirum, ſi eam undique lacerarint excitatis tot futilibus quæſtionibus, quot reſpicere poterant inutilem teſtamentorum cauſſam, quaſi ubi teſtamenti ratio deficeret, ſtatim dubitatio moveri liceat, an relicta ſaltem valere poſſent vice codicillorum; atque ex una in alteram quæſtionem progredientes, eo tandem clauſulæ vim adduxere, ut inter tot opinionum diſſentiones haud amplius agnoveris, quid ejus nomine veniat, quo reſpiciat, cujuſque ſit momenti in ſupremis voluntatibus. Sed ne hic ſilentio prætereamus, quod ad fori uſum conducere poſſit, non verebimur in re tam perturbata manum quoque admovere, ut ſi liceat, ex ſolida juris doctrina, quam attulimus, dignoſcamus, quid revera ſtatuendum ſit de hujuſmodi Pragmaticorum quæſtionibus.

VI. Ac primo antequam eas diſputationes attingamus, quæ in jure magis conſiſtunt, præmittendum eſt, quod potiſſimum ad factum pertinet; nimirum quemadmodum uſus clauſulæ *codicillaris* locum ſibi vindicet in iis teſtamentis, in quibus ejus adjectio dubitetur ex conſueta magis notariorum formula acceſſiſſe, quam ex mente teſtatoris. Huic quidem dubitationi facile reſpondeo cum Papiniano(*a*), hanc nempe voluntatis eſſe quæſtionem, an revera

K te-

(*a*) cit. l. 13. §. 1. de jure codicillorum.

teſtator intellexerit utramque ſucceſſionis ſpeciem comprehendiſſe, an eo ignorante notario magis illam adjungere placuerit; perſpicui namque juris eſt, ut vidimus, hoc prorſus pendere ex teſtatoris arbitrio, cujus tantum eſt eligere vel unam, vel utramque ſucceſſionis ſpeciem (a). Quod autem voluntatis ſpectat quæſtionem, ridiculum eſſet ſub certa regula complecti; ex facti enim circumſtantiis conſideratis etiam regionum moribus judicis erit cognoſcere ſecundum ea, quæ proponantur, quid revera teſtatorem ſenſiſſe dicatur: ideoque ex nota juris regula, quod teſtamenta nequeant transferri in codicillos, niſi conſtiteterit, eam revera fuiſſe defuncti voluntatem, ut relicta in illis *quacumque ratione valerent*, facile intelligimus, quid reſpondendum videatur in hujuſmodi quæſtionibus, quæ ſpectant voluntatis interpretationem.

VII. Huic ſimile eſt alterum quæſtionum caput, quando nempe clauſula etſi non adjecta verbis expreſſis, tacite ineſſe intelligatur. Jam ſatis longo ſermone oſtendimus, quemadmodum Juriſconſulti interpretati ſint hanc tacitam clauſulæ intelligentiam: nimirum ut non ſecus admittatur, quam ſi aliunde appareat, teſtatorem de utraque ſucceſſione cogitaſſe, quod tamen illuſtravimus pluribus exemplis ex juris libris collectis (b), quæque hic iterum non licet repetere. Quod autem autumant, an clauſula ineſſe videatur in teſtamentis inter liberos, militum, ad pias cauſſas, ceteriſve teſtationibus hujuſmodi naturæ, mirum quidem eſt ad clauſulæ vim referri, quod iis tribuitur ex ſpeciali jure. Etenim

(a) cit. l. 1. de jure codicillorum.

(b) cit. l. 29. §. 1. qui teſtamenta facere poſſunt. cit. l. 88. §. 17. & cit. l. 77. §. 23. de legatis 2.

nim ubi neceſſaria eſt ſolemnis juris obſervatio in ſupremis, ibi oportuit clauſulam adjicere, ut ita, ſi non valerent relicta ex teſtamento, ſaltem conſtarent ex codicillis, tamquam non ſolemnibus, inque benigniorem cauſſam collatis. At in illis ſupremis conteſtationibus, quæ vagantur extra juris ſolemnia, ac rigorem, prorſus non video, qui ſit clauſulæ locus. Ac ſane quum miles vel nullum, vel imperfectum fecerit teſtamentum, an ideo dixeris voluntatem conſiſtere, quod hæc vi clauſulæ tacitæ intellectæ habeatur vice codicillorum? Quid magis ineptius, quam in militis teſtamento confugere velle ad codicillos; quum quoquo modo miles teſtetur, nuda ejus voluntas ſpectetur? Sive ergo miles teſtamentum, ſive codicillos fecerit, unum idemque eſt teſtationis genus quoad juris obſervationes, quæ in paganis exiguntur; ideoque tantum valent teſtamenta, quantum codicilli, ut proinde opus non ſit ad codicillos convertere ea teſtamenta, quæ ſive imperfecta ſint, ſive injuſta, jure ſuo ſubſiſtunt. Idem quoque dicendum eſt de ceteris teſtationibus, in quibus ex peculiari privilegio nec juris ſolemnia attenduntur, nec rigor, ſed remiſſius conſiderantur. Atque in ſumma quibus permiſſum eſt teſtari extra rigidam teſtamentorum obſervationem, ſive exiſtimet teſtator teſtamentum condere, ſive codicillos, una ſemper habetur utriuſque ratio; ideoque fruſtra eſt clauſulam *codicillarem* in ſcenam producere, quum non agitur de transformando uno in alterum teſtationis genus, quo illud ſuſtentetur. Nec in teſtamento, puta inter liberos, ſi imperfectum ſit, vel non rite factum, ſucceſſio habetur ab inteſtato quaſi ex codicillis, ſed ex ipſo teſtamento, utpote quod conſideratur extra juris rigorem.

VIII. Reſtat, ut videamus eas juris quæſtiones, quas Pragmatici excitarunt de vi hujus clauſulæ, ſive quid hæc revera importet quoad juris effectus. Hæ quidem quæſtiones totidem eſſe poterunt, quot ſpectant jus codicillorum ſine teſtamento; ut enim jam demonſtravimus, non aliud per clauſulam *codicillarem* in jure intelligi, niſi, ut teſtamenta in codicillos transferrentur. Quare quicquid de horum jure dictum eſt, neceſſario tribuemus illi teſtamento, quod in eorum vertitur naturam; tantum enim valet quod quis reliquerit codicillis ab inteſtato, quantum ipſo teſtamento, quod conſiſtit vice codicillorum, ac propterea tantam vim huic clauſulæ jure conceſſerimus, quanta jure data eſt ipſis codicillis ſine teſtamento; quum nec aliud ſit converti teſtamenta in codicillos, quam perinde haberi, ac ſi codicillos quis revera feciſſet. Itaque quum quærimus, quid vi clauſulæ *codicillaris* veniat, idem eſt, ac ſi exquiratur jus codicillorum ab inteſtato, quod tamen jam latius expoſuimus. Vidimus quidem, quid differret a teſtamentorum ratione, quove conveniret; tum proprium eorum jus examinavimus, quatenus ab ceteris codicillis diſtinguatur, adeo ut nihil fortaſſe hoc loco exponendum relinquatur, quod æque non pertineret ad clauſulæ poteſtatem conſiderandam. Attamen videamus, quæ ſint hac de re potiſſima inter Pragmaticos diſſidia, quibus tanta animi contentione huc illuc fluctuarint. Quatuor quæſtionum capita profert Harprechtus (*a*) utrimque diſputata ab innumeris fere doctrinæ forenſis Scriptoribus, quæ tamen brevi expediemus, ne longius cum iis ineptire videamur.

IX. Pri-

(*a*) Inſt. lib. 2. tit. ult. §. 1. n. 9. & ſeq.

Digitized by Google

IX. Prima eſt, an per clauſulam codicillarem conſiſtet quidem teſtatoris voluntas quaſi ex codicillis, ſi repudiata ſucceſſione a legitimis heredibus proximioribus, hereditas ad remotiores devolvatur? In dubium quidem verterunt, quod aperto jure manifeſtum eſt. Etenim in codicillis ab inteſtato ſive proximior, ſive remotior ſucceſſerit, æque ſemper codicilli conſtabunt: *quicumque enim ab inteſtato ſucceſſerit*, inquit Paulus (*a*), *locum habent codicilli; nam UNUS CASUS EST, NEC INTEREST, QUIS SUCCEDIT, DUM INTESTATO SUCCEDAT*. Vel ergo Pragmatici non ſatis viderunt, quid poſſent codicilli ab inteſtato, vel falſo opinati ſunt, per clauſulam codicillarem quid diverſum venire ab ipſa codicillorum natura. Quod ſi recurrant ad eam Ulpiani ſententiam (*b*), qua dicitur fideicommiſſo relicto ab eo, qui primo gradu ſucceſſerit, ſi is hereditatem repudiaverit, quæ proinde ad alterum gradum devolvatur, ſucceſſor remotior illud non debebit, ea nempe de cauſſa, quia defecit perſona certa, a qua fideicommiſſum eſt relictum: confundent profecto fideicommiſſi rationem cum clauſula codicillari. Ulpianus quidem hic agit de eo, qui ab inteſtato decedens fideicommiſſum codicillis reliquerit a primo gradu, indeque illo repudiante ad ulteriorem gradum devolvatur ſucceſſio. Quid quæſo hoc ad clauſulam *codicillarem*? Diverſum eſt fideicommittere ab inteſtato ex perſona certa, ac generali formula *quiſquis mihi heres erit*, ſive hæc exprimatur, ſive tacite intelligatur; primo enim caſu evaneſcit fideicommiſſum perſona certa re-

(*a*) in cit. l. 16. de jure codicillorum. (*b*) cit. l. 1. §. 9. & 10. de legatis 3.

repudiante : altero vero debebitur, quiſquis ille ſit ; qui ſuccedat, ſed hoc reſpicit magis fideicommiſſi, quam codicillorum rationem. Itaque, ut ad quæſtionem revertamur, finge, quem teſtamentum nullum feciſſe, quod per clauſulam in codicillos vertatur; ſi quæras, an repudiata ſucceſſione ab uno ex legitimis, alter teneatur in vim fideicommiſſi præſtare quicquid teſtator juſſerat, nemo ſanus hoc negaverit; perſpicui enim juris eſt, delata ſucceſſione ab inteſtato, quiſquis ille ſit, qui ſucceſſerit, ſequi debet teſtatoris voluntatem veluti ex codicillis, quaſi teſtator omnes legitimos ſcripſiſſet heredes. Si vero ponas, patrem puta inſtituiſſe heredem in teſtamento nullo filium ſuum, ab eoque nominatim fideicommiſſum reliquiſſe, atque per clauſulam *codicillarem* ad eumdem filium ab inteſtato devoluta ſit ſucceſſio, quo tamen repudiante ad ulteriorem gradum hæc pervenerit: tum ex Ulpiani ſententia negamus, fideicommiſſum deberi a legitimo remotiore, non quia per clauſulam *codicillarem* fideicommiſſi præſtatio non porrigatur ad quemcumque ſucceſſorem legitimum; hoc enim adverſatur expreſſo juri de codicillis ab inteſtato, ut ſupra oſtendimus; ſed quia fideicommiſſi ratio non patitur, ab uno *nominatim* relictum ad alterum transferri (*a*).

X. Altera qnæſtio eſt: an præteritione poſtumi inſcienter facta in teſtamento, conſtare poſſit voluntas per clauſulam *codicillarem*? Iterum Pragmatici non diſtinguentes clauſulæ vim ab relicti ratione rem perturbate diſputarunt. Si quærant, an ex hujuſmodi præteritione poſtumi con-

(*a*) Vide Cujacium in lib. 39. digeſtorum Juliani ad l. 3. de jure codicillorum.

Digitized by Google

conſiſtet quidem voluntas tamquam ex codicillis ab inteſtato, aperta ſunt juris loca, quibus ſtatuitur, agnatione poſtumi codicillos non rumpi ad differentiam teſtamenti, ut jam monuimus (a); & quoniam per clauſulam *codicillarem* efficitur, ut teſtamentum transformetur in codicillos ab inteſtato, manifeſtiſſimum eſt, hujuſmodi voluntatem per clauſulam in codicillos converſam haud evaneſcere agnatione poſtumi. Quod ſi quæratur, an relicta in illa voluntate præſtari debeant a poſtumo, quum eum teſtator omnino ignoraverit, perſpicua proſtat Marcelli ſententia, qua hoc negatur; ita ut non videam, quo pacto id in dubium revocetur. Atque duas ſpecies Conſultus proponit (b); prima eſt: Pater quum ſcriberet codicillos ſine teſtamento, unum filium habebat, ſed deceſſit tempore, quo alter filius jam natus eſſet; codicillos quidem, inquit, non evanuiſſe agnatione poſtumi, ſed quoad relicta in illis partem dimidiam tantummodo præſtabit ille filius, ad quem codicilli ſcripti erant; non enim poſtumus præteritus compelli poteſt ad præſtationem alterius medietatis, veluti non conſideratus a teſtatore, quum codicillos conficeret. Altera eſt, ſi deceſſerit duobus filiis relictis, quum tamen putaret alterum eorum præmortuum; idemque hoc caſu reſpondet eadem ratione: niſi quod Marcellus autumabat omnia præſtari debere a filio, ad quem ſcripti eſſent codicilli: Ulpianus vero partem dumtaxat. Quod autem pro parte præſtari non poterit, nihil debebitur. *Is, qui unum filium habebat*, inquit Conſultus, *quum codicillos ad eum ſcripſiſſet, deceſſit in-*

(a) Julianus in l. 3. de jure codicillorum, & Paulus l. 16. eodem.

(b) l. 19. eodem. Vide etiam Papiniani ſpeciem in l. 11. eodem.

inteſtatus herede eo, & quem poſtea procreavit. Agnatione ſui heredis nemo dixerit, codicillos evanuiſſe. Igitur ſi nihil tum de poſtumis ſperavit, & codicilli non evaneſcent, & quæ relicta ſunt, pro parte dimidia filius, ad quem codicillus factus eſt, ſolvere compellitur; non etiam poſtumus. Sed & ſi codicillos reliquiſſet duobus ſuperſtitibus filiis dececedens, quum putaret, alterum ex his prius deceſſiſſe; ſimili modo dici poteſt, omnia perinde debere filium, ad quem ſcripti ſunt codicilli, atque ſi ſolus heres extitiſſet patri: (Ulpianus notat) *immo dumtaxat partem debet. Eorum tamen, quæ pro parte præſtari non poſſunt, nihil eorum præſtandum, quoniam illi non fuerit filio ablaturus, niſi ſolum putaret ſucceſſorem ſibi futurum.* Itaque ex apertiſſima hac Conſulti ſententia quiſque videt, agnatione poſtumi numquam rumpi codicillos; licet relicta pro parte dimidia ab altero ſucceſſore præſtabuntur, non item a poſtumo, ad quem non ſunt ſcripti codicilli; ideoque diverſum eſt quærere, an teſtamentum in codicillos transformatum penitus evaneſcat agnatione poſtumi, an a poſtumo relicta debeantur, quamquam quoad utramque quæſtionem definitio ſatis aperte appareat ex libris juris.

XI. Tertia eſt, an clauſula *codicillaris* efficere poſſit, ut præterito filio in teſtamento, aut injuſte exheredato, conſiſtat voluntas in vim fideicommiſſi, veluti ex codicillis ab inteſtato? Quicquid Pragmatici garriant, perſpicuum eſt ex duobus juris locis, voluntatem omnino evaneſcere, nec locus erit ſucceſſioni quaſi ex codicillis ab inteſtato. Hoc quidem aperte notat Paulus in Scævolam (*a*), & manifeſtius comprobat Claudius in eumdem Scævolam his

(*a*) l. 13. de inofficioſo teſtamento.

his verbis (*a*): *Nec fideicommiſſa ab inteſtato debentur ab eo, cujus de inofficioſo teſtamento conſtituiſſet, quia crederetur quaſi furioſus teſtamentum facere non potuiſſe; ideoque NEC ALIUD QUID PERTINENS AD SUPREMA EJUS JUDICIA VALET*. Et quidem clauſula *codicillaris* apta eſt ad transformanda teſtamenta in codicillos, vel quum ſolemnia non ſint, vel imperfecta, ut principio animadvertimus; attamen nequit efficere, ut conſtet voluntas inofficioſa. Nam qui filium injuſte exheredat, vel præterit, non ſanæ mentis fuiſſe videtur: qui autem tamquam furioſus conſideratur, nec teſtamentum, nec codicillos recte conſcribit; ideoque nequit conſiſtere furioſi voluntas ex quavis ſucceſſionis ſpecie ſive ex teſtamento, ſive ex codicillis ab inteſtato. Et quoniam per clauſulam *codicillarem* nil aliud teſtamenta exhibere valeant, niſi codicillos ab inteſtato, ubi Conſultus negat, deberi fideicommiſſa *ab inteſtato* relicta ab eo, cujus judicium de inofficioſo arguitur, ſatis liquet, hoc ſuperari non poſſe a clauſula *codicillari*; quum ipſi codicilli ab inteſtato penitus evaneſcant (*b*).

XII. Quarta demum huic conſequens eſt, nimirum ſi inſtituta a fratre turpi perſona teſtamentum inofficioſum dicatur, quod tamen per clauſulam converti queat in codicillos. Cuique patet, eamdem eſſe juris rationem in hac ſpecie; ideoque ne fruſtra in re certa amplius laboremus, quicquid dictum eſt de inofficioſo teſtamento per præteritionem, aut injuſtam filii exheredationem, accommodatur inofficioſo teſtamento perſona turpi inſtituta; quum

(*a*) l. 35. de legatis 3. (*b*) Vide Cujacium ad l. 29. qui teſtamenta facere poſſunt.

Digitized by Google

æque teſtator veluti furioſus jure habeatur; ideoque nec codicilli ab inteſtato conſtabunt.

XIII. Pudet deſcendere ad cetera quæſtionum capita ex rabularum officina profecta; veluti quid juris ſit, ſi clauſula concepta ſit per verba præſentis temporis, puta: *ſi non valet uti teſtamentum &c.* vel futuri: *ſi non valebit*, aliaque hujuſmodi, quæ ſane vel extranea ſunt; vel falſo referuntur ad clauſulæ naturam; nec niſi ridiculis verborum captiunculis pertractantur; quum alioqui ſatis ſit expoſuiſſe ſinceram illius poteſtatem, qualis ex limpida juris doctrina proficiſcitur. Unum tantummodo hic ultimo loco monuerim; nimirum quod etſi jure Pandectarum teſtamenta non ſolemnia transformari poterant per clauſulam in codicillos, novo tamen Imperatorum jure quum codicillis ſolemnitas quoque adjecta ſit, licet a teſtamentis diverſa, ut ſequenti capite latius oſtendemus; neceſſario proinde conſequitur, jure novo clauſulam non ſecus vim ſuam experiri, niſi in teſtamento ſaltem adhibeantur ea ſolemnia, quæ in codicillis exiguntur, quod ſane communiter receptum eſt, noſtriſque moribus utimur.

§. IX. De

Digitized by Google

§. IX.

De juris norma æque accommodata omnibus codicillis ad teſtamentum pertinentibus ad differentiam codicillorum ſine teſtamento.

I. Hactenus de jure codicillorum ab inteſtato, ſive conſiderentur facti ſine teſtamento, ſive teſtamenta ipſa in illos transformentur per clauſulam *codicillarem*; præſtat modo, ut ad eos codicillos, qui ad teſtamentum pertinent, accedamus. Quum autem codicillorum, qui ad teſtamentum fierent, tres modos Paulus diſtinxerit, ut vidimus: nimirum aut teſtamento confirmatos in futurum, aut in præteritum, aut non confirmatos, quum nempe per fideicommiſſum conciperentur; antequam ad hujuſmodi peculiares modos deſcendamus, quatenus inter ſeſe diſcriminantur, opportunius duximus hic prius animadvertere generalem juris normam omnibus communem, quæque eos prorſus diſtinguit a codicillis ſine teſtamento.

II. Traditum eſt, omnes codicillorum ſpecies ad teſtamentum pertinentes, ſive anteriores, ſive poſteriores ſint teſtamento, ſive in eo confirmati, ſive non confirmati, uno juris principio hærere, ut nempe conſiderari debeant, tamquam teſtamenti appendiculæ, atque ſequela. Quo factum, ut Iuriſconſulti unam, eamdemque regulam omnibus conſtituentes, ita loquuntur: eos quidem *partem teſtamenti intelligi* (a), *jus teſtamenti ſequi* (b), *vireſque ſuas*

(a) l. 11. teſtamenta quemadmodum aperiantur. (b) l. 16. de jure codicillorum.

ſuas ex teſtamento capere debere (*a*). Ac ſane eo vertitur diſcrimen inter hos codicillos, ac illos ſine teſtamento: hi enim quum ſuis viribus ſubſiſtant, vicem proinde exhibent teſtamenti; at codicilli ad teſtamentum facti adeo conſiderantur tamquam illius partes, ac ſequela, ut neceſſario jus teſtamenti omnino ſequantur. Hinc deſtituto, injuſto, rupto, irrito facto teſtamento, ſtatim & codicilli una concidunt; tum quia deficit id, unde vires accipiant, tum quia dum totum ruit, & partem corruere neceſſe eſt. Quotquot ergo modis fieri poteſt, ut cauſſa teſtati ad inteſtati cauſſam devolvatur, totidem & codicilli ad teſtamentum facti ipſo jure deficiunt; ut enim Paulus inquit (*b*): *Ad teſtamentum autem, quod quoquo tempore feciſſet, pertinent codicilli, & ut manifeſtius dicam, inteſtato patrefamilias mortuo nihil deſiderant codicilli, ſed vicem teſtamenti exhibent: teſtamento autem facto jus ſequuntur ejus* (*c*). Dixi communem hanc regulam eſſe tum codicillis teſtamento confirmatis, tum non confirmatis; idcirco ſcripſit Julianus (*d*): *Teſtamento facto etiamſi codicilli in eo confirmati non eſſent, vires tamen ex eo capient. Denique ſi ex teſtamento hereditas adita non fuiſſet, fideicommiſſum ex hujuſmodi codicillis nullius momenti erit*,

§. III. Ex his conſequitur, ut qui falſum teſtamentum dixerit, nec obtinuerit, ſicuti repellitur ab hereditate, tamquam indignus, ita a relictis quoque in codicillis licet teſtamento non confirmatis: *Qui principale*, ait Paulus (*e*), *teſtamentum arguit, & a ſecundis tabulis repel-*

(*a*) l. 3. §. 2. eodem.
(*b*) l. 16. eodem.
(*c*) Vide etiam l. 3. §. 2. & l. 14. eodem.
(*d*) cit. l. 3. §. 2.
(*e*) l. 5. §. 14. de his, quæ ut indignis &c.

pellendus eſt, item a codicillis ad teſtamentum factis, licet non confirmatis. Etenim qui totum improbat, & partem quoque improbare videtur; ideoque ſi repellitur tamquam indignus ab hereditate, neceſſario & repellendus eſt ab relictis in codicillis, etſi hi non fuerint teſtamento confirmati; nam ſive confirmati, ſive non confirmati partes æque teſtamenti intelliguntur, ejuſque jus ſequuntur. Contra vero, qui partem tantum improbat, totum improbaſſe non videtur; pars enim toto accedit, non contra: ideoque, ut recte definit Papinianus (a): *Heredi, qui falſos codicillos eſſe dixit, neque obtinuit, hereditas non aufertur*; quum non videatur improbaſſe teſtamentum, qui codicillos tantum arguat (b). Quare utcumque codicilli conficiantur teſtamento facto, æque ſemper ex ipſo teſtamento vires capiunt, ejuſque partes omnino conſiderantur.

§. X.

Quo jure diſtinguebantur codicilli teſtamento confirmati a non confirmatis.

I. PErſpecta generali regula de codicillis ad teſtamentum pertinentibus, proximum eſt, ut accedamus ad jus uniuſcujuſque peculiare ſervata ea faciliori methodo, qua rectius penetrare poſſimus in abſtruſiores Juriſconſultorum ſententias proditas de vario horum codicillorum jure. Atque ne rerum confuſione involvamur, conſulto duximus hic primum perpendere diverſam juris ratio-

(a) l. 15. eodem.

(b) Vide Cujacium in lib. 6. reſponſorum Papiniani ad cit. l. 15. de his, quæ ut indignis &c.

tionem in codicillis confirmatis, ac non confirmatis teſtamento; quippe qui quodammodo inter ſe ſe opponuntur; deinde ſermonem flectemus ad codicillos confirmatos, vel in præteritum, vel in futurum.

II. Quod autem ſpectat confirmatos, ac non confirmatos teſtamento, res non ita expedita eſt, ut ex libris juris primo veluti aſpectu cognoſci poſſit. Tribonianus quidem, cui in mentem venerat veterum ſententias ita colligere, ut non viderentur omnino diſſentire ab nova Imperatorum voce, plurima ſane vel abſtulit, vel reſecavit; atque hac in re potiſſimum vel non integra proſtant, vel adeo confuſa, atque permixta, ut difficillimum ſit, quæ vel diſperſa ſunt in locum ſuum collocare, vel mutila aliunde petere, omniaque demum complecti ſub certa juris regula. Plane inter doctiores interpretes vel ſummus Cujacius, qui plenius egit de hujuſmodi codicillis (*a*), nec integre, nec fortaſſe ſatis diſtincte rem tenuit; quæ ſane Cujacium ipſum deſiderabat diligentiorem, licet nihil proferat, quod tantum virum non deceat.

III. Per codicillos teſtamento confirmatos intelligebant veteres, ut ſupra innuimus, eas minus ſolemnes voluntates, quarum teſtator meminiſſet in teſtamento, ſive ante, ſive poſt teſtamentum ipſum conficerentur; puta ſi teſtator teſtamento dixiſſet: *quos codicillos feci, aut fecero, reliquero, ſcripſero, valere volo*; contra per non confirmatos, quorum nulla haberetur mentio in teſtamento (*b*). Quicquid autem Boehmerus temere ſcripſerit de jure horum codicillorum, ut ſuis locis apparebit, jampridem do-

(*a*) Tract. 2. ad Africanum ad l. 14. & 15. de jure codicillorum. (*b*) Vide quæ ſupra diximus.

doctiores animadverterunt inſigne quoddam inter illos diſcrimen, quo maxime inter ſe ſe opponerentur. Hereditas quidem etſi dari non poterat, niſi in ſolemni teſtamento, verbiſque imperativis; legata tamen, atque fideicommiſſa recte relinquebantur in voluntate minus ſolemni, ſive in codicillis, ea tamen lege, ut legata, dationes tutelæ, ac libertates directæ recte ſcriberentur in codicillis teſtamento confirmatis dumtaxat, alias non valerent: fideicommiſſa vero admittebantur etiam in non confirmatis. Hanc ſane diſcriminis rationem utcumque Tribonianus in veteris juris collectione obvolvere ſtuduerit, ne jus vetus codicillorum a novo prorſus diſſentiret; nihilominus ſatis apparent ejus veſtigia ex libris juris, quippe quæ tolli omnino non poterant ab Juriſconſultorum ſcriptis, niſi eorum doctrina de codicillis penitus evelleretur.

IV. Ac primo ubi mentio legatorum habetur, ſæpiſſime legimus id factum in *codicillis confirmatis* (*a*); ubi vero fideicommiſſorum, tum vel codicillorum tantum, vel epiſtolarum nomen magis uſurpatum (*b*). Item Ulpianus aperte fatetur, tutelæ dationem non niſi teſtamento, vel codicillis teſtamento confirmatis relinqui potuiſſe: *teſtamento*, inquit (*c*), *datos tutores accipere debemus etiam eos, qui codicillis teſtamento confirmatis, ſcripti ſunt*. Quod ſi tutor daretur in codicillis non confirmatis, inutilis erat datio jure civili ex Modeſtini ſententia; conſtitutionibuſque Principum inductum, ut non ſecus conſiſte-

(*a*) Vide l. 35. §. 3. & l. 41. §. 2. de legatis 3. l. 18. de annuis legatis, l. 31. de legatis 1. & paſſim alibi.

(*b*) Vide l. 75. & ult. de legatis 2. l. 75. ad S. C. Trebel. *l.* 30. §. ult. de adimendi. legatis l. 37. §. 1. & l 78. §. 1. de legatis 3

(*c*) l. 3. de teſtamentaria tutela.

ſteret, quam ſi a Conſulari poteſtate confirmaretur: *Si pater*, ait (*a*), *in codicillis non confirmatis dederit tutorem, aut curatorem, tum QUOD DEFICIT, REPLERI A CONSULARI POTESTATE conſtitutiones conceſſerunt, & ſecundum mentem confirmari tutores*. Præterea libertates, quæ vel directe, vel per fideicommiſſum relinqui poterant, primæ in confirmatis tantum, alteræ in non confirmatis, & codicillis ab inteſtato conſtabant: *Libertates directæ*, idem Modeſtinus (*b*), *& teſtamento, & codicillis teſtamento confirmatis recte dantur. Fideicommiſſæ & ab inteſtato, & codicillis non confirmatis relinqui poſſunt.* Verum quod in Pandectarum libris colligere licet ex peculiaribus quibuſdam ſententiis, quæ ſane de Triboniani manu effugerant, manifeſtiſſime habetur ex ſcriptis Juriſconſultorum, quorum ſuperſunt fragmenta, ut nullus omnino dubitandi locus relinquatur. Ita Cajus (*c*): *Legatum per codicillum relictum non valet, niſi codicilli teſtamento fuerint confirmati; fideicommiſſum vero etiam ſi teſtamento codicilli non fuerint confirmati, nihilominus debentur*. Quid apertius? Idem repetit Ulpianus (*d*): *Fideicommiſſum, & ante heredis inſtitutionem, & poſt mortem heredis, & codicillis etiam non confirmatis teſtamento dari poteſt, licet legari non poſſit*; & Paulus (*e*): *Codicillis, qui teſtamento confirmati non ſunt, adſcriptum fideicommiſſum jure debetur*. Quinimo ſicuti legati datio, ita & ejus ademtio nec ſcribi poterat, niſi vel teſtamento, vel codicillis teſtamento confirmatis: *Legatum*, Ulpianus inquit

(*a*) l. 1. §. 1. de confirmando tutore.
(*b*) l. 43. de manumiſſis teſtamento.
(*c*) inſt. l. 2. tit. 7. de fideicommiſſis §. 8.
(*d*) tit. 25. de fideicommiſſis §. 8.
(*e*) ſent. recept. lib. 4. tit. 1. §. 10.

quit (*a*) , *quod datum eſt adimi, poteſt vel eodem teſtamento, vel codicillis teſtamento confirmatis* ad differentiam fideicommiſſorum , quæ uti recte relinquebantur in quavis ſupremæ voluntatis ſpecie , ita & tolli poterant . Mirum autem eſt, in re tam aperta Boehmerum penitus coecutiſſe ; quum credidit (*b*) , origine quidem ſua codicillos non ſecus conſtitiſſe , niſi confirmatos teſtamento ; ſed poſtmodum remiſſum , ut relicta quoquo modo conciperentur , conſiſterent etiam in codicillis non confirmatis . Etenim utcumque principio nil relinqui poſſet in codicillis , niſi eſſent teſtamento confirmati , ut vidimus ex Plinii teſtimonio; aucta quidem benigna fideicommiſſorum ratione perſpicuum eſt ex relatis juris locis , factum eſſe diſcrimen inter confirmatos , ac non confirmatos ; ut quicquid verbis directis , ſive imperativis , præter hereditatis dationem , relinqueretur , confirmatis dumtaxat ; verbis vero precativis , ſive per fideicommiſſum , vel in non confirmatis valeret . Quod ſane jus tamdiu perduravit, quamdiu ſtetit differentia inter legata , & fideicommiſſa , ut capite ſequenti oſtendemus .

V. Verum quid cauſſæ eſt , ut legatorum datio , & ademtio , tutoris datio , ac libertates directæ non conſtarent , niſi codicillis confirmatis , fideicommiſſa vero in non confirmatis recte ſcriberentur; quum alioqui omnes codicilli ad teſtamentum pertinentes æque habeantur tamquam illius partes , vireſque ſuas ex teſtamento capiant ? Quorſum ſpectat hæc tam varia juris civilis ratio , ut quod relinqui vellet verbis directis , ſive imperativis , neceſſario ſcribi debuerit in codicillis confirmatis , non item quod

M ca-

(*a*) tit. 24. de legatis §. 29. (*b*) cap. 1. §. 14. ſuæ diſputationis.

cavebatur verbis precativis? Meminiſſe hic oportet quæ ſupra monuimus de nova veluti teſtandi ratione Auguſti ævo inducta per codicillorum, ac neceſſariam fideicommiſſorum rationem longe diſtincta, atque diverſa ab veteri juris obſervatione, quæ manaverat ex lege decemvirali; quæque rigorem legis teneret, dum in illa æquitatis ratio, ac ſimplicior relinquentis conſideraretur voluntas. Verba quidem directa in ſupremis ex lege erant, nec proinde ex illius rigore quidquam relinquere liceret imperativo modo, niſi ſolemnibus tabulis: fideicommiſſa vero, tamquam moribus inducta, nil vetaret, quin ſcriberentur etiam in tabulis non ſolemnibus, moribuſque, forique diſputatione comprobatis; ac propterea ne in leges offenderetur, veteres ad teſtamenta retulerunt, quod conciperetur imperativis verbis; quum alioqui nulla juris ratio repugnaret, quin fideicommiſſa referrent in tabulis non ſolemnibus, ſive codicillis. At enim cur legati datio, & ademtio, tutoris datio, ac libertatis, quæ concipiebantur quidem verbis civilibus, codicillis quoque admiſerint, licet teſtamento confirmatis? Graviter porro ferebatur, uſum præſertim legatorum, qui frequentiſſimus habebatur, teſtamento dumtaxat approbari; homines enim quum e vita decedunt, magis de pluribus benemereri ſolent, quam ut hereditatem uni relinquant heredi; incommodum autem videbatur toties teſtamenta condere, quoties recordamur, quem afficere beneficio; quum quotidie amicorum cogitatio nobis offeratur. Itaque Juriſconſultis, qui tam varios etiam legandi modos invexerant, haud difficile fuit modum quoque excogitare, quo ſalva legis ſubtilitate, ſi non hereditatem, legata ſal-

ſaltem, ceteraque hujuſmodi, ut tutoris, ac libertatis dationes quodammodo ad codicillos transducerent ſine expreſſa legum offenſione, quemadmodum meditati ſunt in fideicommiſſorum introductione; atque quum viderint, non ſecus rem poſſe expediri, niſi ad fictionem confugerent, ſatis habuerunt, ſi legata relinquerentur in codicillis, qui tamen teſtamento eſſent confirmati, ea nempe obducta juris fictione, quod ob comprobationem codicillorum in teſtamento factam perinde haberi poterat, ac ſi legata ipſa relicta eſſent in teſtamento; nam qui teſtamento cavit, ſe valere velle, quod in codicillis ſcripſiſſet, aut ſcriberet, quaſi videretur in ipſo teſtamento legata dediſſe. Quo ſane reſpiciens Tryphoninus (*a*) diſerte ait, codicillorum confirmationem quoddam eorum principium in teſtamento redolere. En quomodo Conſulti viam aperire crediderunt, qua juris rigore declinato codicillis permitterent legatorum dationes; qui enim ſemel in teſtamenti confectione eam clauſulam adjiciebat, ſe nempe valere velle, quod codicillis relinqueret, id ſatis habebatur, ut quo magis vellet, tot codicillos faceret, quot legata præſtari juſſiſſet; quum facile eſſet, quo magis placuiſſet, ſcribere codicillos, tamquam non ſolemnes.

VI. Inquies fortaſſe, quid unquam opus eſſet novis fictionibus laborare, ut recte legata in codicillis ſcriberentur; quum hi ſive confirmati, ſive non confirmati, æque teſtamenti partes haberentur, vireſque ex illo caperent? nonne quod parti ſcriptum eſt videri poterat, ac ſi in toto ſcribatur? At Prudentes acute viderunt, ex illa

(*a*) l. 12. §. 5. de captivis, & poſtliminio reverſis.

communi codicillorum regula, quod partes teſtamenti intelliguntur, non recte confici, in toto ſcriptum videri, quod parti ſcriptum eſt; nam falſo dixeris, parti neceſſario convenire, quod toto tribuitur. Aliud quidem eſt, quid tamquam partem totius conſideratum, ſequi oportere jus, atque poteſtatem illius, aliud parti adſcribere quod in toto reſidet; nec idcirco pedibus tribuemus, quod integro corpori convenit, licet pedes, ceteraque corporis membra vim ex toto capiant, indolemque illius ſequantur. Itaque codicilli tamquam partes, ſeu teſtamenti appendices conſiderati, id unum important, ut una cum teſtamento, vel conſiſtant, vel concidant; attamen non inde conſequitur, ſcripta in illis haberi, tamquam ſi ſcripta eſſent in ipſo teſtamento. Enim vero, ut vidimus, qui arguit teſtamentum, codicillos quoque improbare intelligitur *(a)*; qua de cauſſa æque repellitur tamquam indignus ab hereditate, ac a relictis in codicillis; quum pars, quæ in toto comprehenditur, neceſſario ſequi debeat naturam totius. Atqui falſos tantum dixerit codicillos, non aufertur ei hereditas ex teſtamento *(b)*; nam qui partem improbat, totum improbaſſe non videtur, ideoque quod parti tantum tribuitur, toto adſcribi nequit. Quoniam ergo, quod codicilli conſiderarentur, tamquam partes teſtamenti, inferri non valet, ſcripta in illis perinde haberi, ac ſi ſcripta eſſent in teſtamento; aliud ſane juris principium peti oportebat, quo huic fictioni locus eſſet. Hanc porro repetere exiſtimarunt Conſulti ex illorum confirmatione in teſtamento facta, ut ita colligi poſſet, data in codicillis confirmatis videri, tamquam ſi data eſſent teſtamento:

(*a*) cit. l. 5. §. 14. de his, quæ ut indignis &c. (*b*) cit. l. 15. eodem.

to: qui enim teſtamento codicillos confirmat, ſive ſcriptos, ſive ſcribendos, perinde haberi poterat fictione juris, ac ſi revera relicta in illis in teſtamento ipſo ſcripſiſſet; quo quidem confirmationis colore admiſerunt in confirmatis dumtaxat legata, ceteraque verbis directis concepta præter hereditatis dationem, utpote quæ ex alio juris vinculo transferri non potuit in codicillos, ut jam oſtendimus; atque admiſſo hoc principio, fideicommiſſa quidem conſtare poterant in quavis non ſolemni voluntate; legata vero in codicillis tantummodo teſtamento confirmatis.

VII. Quod hactenus extraximus ex intima, artificioſaque Juriſconſultorum arte planum fiet in exponenda eorum doctrina, quam diverſo modo accommodarunt codicillis confirmatis, atque non confirmatis. Primo quidem ſe offert Scævola, qui loquens de legatis in codicillis relictis, ac proinde teſtamento confirmatis hanc juris regulam proponit (a): *Codicilli pro parte teſtamenti habentur, OBSERVATIONEMQUE, ET LEGEM JURIS INDE TRADITAM SERVENT.* Quod autem ſint pars teſtamenti, commune hoc fit omnibus codicillis ad teſtamentum pertinentibus; ſed quum dixit, eos ſervare obſervationem, & legem juris inde traditam, hoc ſane ſpectat confirmatos, de quibus in propoſito erat ſermo; ex hujuſmodi enim regula Sabiniani, ut Scævola refert, colligere volebant, ut relicta in codicillis confirmatis adeo teſtamento ipſo ineſſe viderentur, ut quoad omnes cauſſas eamdem prorſus juris legem ſervarent, ac ſi revera in teſtamento ſcripta fuiſſent (b). Apertius hoc idem de-

(a) l. 14. de jure codicillorum.

(b) Vide Cujacium tract. 2. ad Africanum ad cit. l. 14. de jure codicillorum.

declarat Julianus his verbis (*a*): *Codicillorum jus ſingulare eſt, ut quæcumque in his ſcribentur, perinde haberentur, ac ſi in teſtamento ſcripta eſſent*. Loquitur hic quidem Julianus de codicillis confirmatis, ut liquet ex exemplis, quæ ſtatim ſubdit, nempe de libertate *directa* iis relicta, quod ſane ad non confirmatos referri nequit. Atque hoc jus *ſingulare* vocat; propria enim juris regula in confirmatis hæc erat, ut ſcripta in illis perinde haberentur, ac ſi ſcripta eſſent in teſtamento, quodque non niſi ad confirmatos dumtaxat pertinebat; quum ob eorum confirmationem in teſtamento factam locus adeſſet hujuſmodi juris fictioni. Quin illud *jus ſingulare codicillorum* ſatis demonſtrat, Juliani ſententiam confirmatos tantum ſpectare; in codicillis enim non confirmatis, in quibus fideicommiſſa dumtaxat relinquuntur, non tam de *jure* quæritur, quam de nuda relinquentis voluntate (*b*), ut infra manifeſtius apparebit.

VIII. Ex hoc autem ſingulari jure, quod ad confirmatos tantum referebatur, prodiit ex conſequenti, ut quoad relicta in hujuſmodi codicillis non tam ſpectaretur tempus, quo revera conficerentur, quam tempus confectionis ipſius teſtamenti; ut enim diſcimus ex Tryphonino (*c*), ipſa codicillorum confirmatio in teſtamento facta quoddam redolet eorum principium; ideoque magis eſt, ut tempus teſtamenti ſpectetur, quam ipſorum codicillorum. Quod tamen ſequentibus exemplis illuſtrabitur. Primo jure civili cautum erat, libertatem quidem ſervo pro-

(*a*) l. 2. §. 2. eodem.

(*b*) Ulpianus tit. 25. de fideicommiſſis §. 1.

(*c*) cit. l. 12. §. 5. de captivis, & poſtliminio reverſis.

proprio directe legari poſſe ; alieno vero non niſi per fideicommiſſum (*a*) : at ſi teſtamenti tempore ſervus teſtatoris fuiſſet , codicillorum vero tempore alienus , quibus directe libertas ſcribatur , Julianus ait , eam nihilominus valere (*b*) ; quia etſi codicillorum tempore eſſet alienus , confirmatio tamen in teſtamento habita , quum ſervus teſtatoris fuerat , efficiet quidem , ut recte libertas directa data videatur , tamquam ex teſtamento (*c*) . Contra , ut idem Julianus ſubdit , ſi quum teſtamentum fieret , ſervus alienus eſſet , codicillorum vero tempore teſtatoris , quibus libertas directa relinquatur , inutilem eſſe ait dationem libertatis ; in iis enim , quæ codicillis confirmatis ſcribuntur , tempus teſtamenti , non codicillorum ſpectandum ; ideoque in prima ſpecie valet legatum , in altera non item .

IX. Secundo perſpicui juris eſt , codicillos ſcriptos a captivo inutiles prorſus eſſe ; quum is teſtamenti factionem non habeat : attamen ſi quis in civitate teſtamentum fecerit , quo codicillos confirmet , deinde captivus ſcripſerit codicillos , indeque poſtliminio reverſus deceſſerit, tum ait Tryphoninus codicillos valere ; propterea quod etſi jure ſubtili videretur hoc caſu attendi non debere confirmationis tempus , tamen quum deceſſerit in civitate reſtitutus , æquum videbatur eum conſiderari , quaſi captivus numquam fuiſſet : *Codicilli* , inquit (*d*) , *ſi quos in tempore captivitatis ſcripſerit , non creduntur jure ſubtili con-*

(*a*) Cajus inſt. lib. 2. tit. 7. §. 8.

(*b*) cit. l. 2. §. 2 de jure codicillorum.

(c) Cujacius in lib. 37. digeſtorum Juliani ad cit. l. 2. recte animadvertit , ex hac Juliani ſententia negationem delendam eſſe , ut ita conſentiat cum poſteriori oppoſita ſpecie , qua contrarium ſtatuitur.

(*d*) cit. l. 12. §. 5. de captivis , & poſtliminio reverſis.

confirmati teſtamento, quod in civitate fecerat; ſed nec fideicommiſſum ex his peti poteſt, quia non ſunt ab eo facti, qui teſtamenti factionem habuit. Sed quia merum principium eorum in civitate conſtituto captivo factum eſt, id eſt in teſtamento confirmatio codicillorum; & is poſtea reverſus eſt, & poſtliminio jus ſuum recepit, humanitatis rationi congruum eſt, eos codicillos ita ſuum effectum habere, quaſi in medio nulla captivitas interceſſiſſet. Et quamquam Marcianus (*a*) tradit, ſpectari non debere tempus confirmationis, ubi codicilli fiant ab eo, qui deſierit habere factionem teſtamenti, nihilominus in hac Tryphonini ſpecie, qua teſtator poſtliminio reverſus deceſſerat, quemadmodum teſtamentum reconvaleſcit, ita & benigna ratione inductum, codicillos quoque valere tamquam confirmatos ante captivitatem, licet in captivitate confectis *jure ſubtili*, ut ait, confirmatio non prodeſſet.

X. Tertio quærit Paulus (*b*), ſi quis teſtamentum fecerit, & codicillos confirmaſſet; deinde adrogandum ſe præbeat, & ibi fecerit codicillos; demum emancipatus decedat, an hujuſmodi codicilli valeant? Plane etſi in hac ſpecie teſtamentum irritum fiat *jure civili* ſtatus mutatione, ob minimam nempe capitis minutionem; jure tamen Prætorio peti poteſt bonorum poſſeſſio ſecundum tabulas, dummodo teſtator ſui juris effectus declaraverit velle mori eodem teſtamento juxta Papiniani ſententiam (*c*), ſecundum quam accipiendus eſt hic Pauli locus, ut recte animadvertit Cl. Cirillus (*d*). Quoniam ergo hujuſ-

(*a*) l. 7. de jure codicillorum.
(*b*) l. 8. §. 3. eodem.
(*c*) l. 11. §. 2. de bonorum poſſeſſione ſecundum tabulas.
(*d*) inſt. lib. 2. tit. 17. ad §. 5.

juſmodi teſtamentum Prætoris quidem beneficio conſtabat, dubitabatur, an codicilli confirmati ante adrogationem, ſed facti tempore, quo teſtamenti factionem non haberet, valerent. Et Paulus valere reſpondit, non ſecus, ac Tryphonino viſum eſt: nimirum quod in codicillis confirmatis tempus confirmationis ſpectetur. Nec refert, teſtatore in eodem ſtatu non manente ejus teſtamentum ſublatum videri jure civili, quaſi nec codicilli conſiſtere valeant ſine teſtamento; nam ſatis eſt, jure Prætorio effectum ſuum habere per bonorum poſſeſſionem ſecundum tabulas. Quod quidem alio exemplo Paulus comprobat; *nam etſi*, inquit, *poſtumus natus ruperit teſtamentum, & deceſſerit, nibilominus codicilli valent*; quia hoc quoque caſu Prætor dabat poſſeſſionem bonorum ſecundum tabulas (*a*).

XI. Demum ſi teſtamento quis ſervo legatum dederit, & deinde codicillis confirmatis eidem detur libertas, quamvis jure civili inutile videri poſſit legatum; ſervo enim proprio nequit legari ſine libertate (*b*), *tamen utile eſſe dicemus*, ait Paulus (*c*), *quaſi ab initio conſtiterit legatum*. Etenim libertas data codicillis confirmatis perinde habebatur, ac ſi ſcripta eſſet teſtamento; ac propterea relata libertatis datione ad tempus teſtamenti, una cum legato libertas quoque data videretur. Ex hactenus adductis juris locis manifeſtiſſime apparet, quo reſpexerit in codicillis confirmatis ea juris fictio, ut nempe ſcripta in illis haberentur, ac ſi ſcripta eſſent in teſtamento: quum

N po-

(*a*) l. 12. de injuſto, rupto, irrito, facto teſtamento.

(*b*) l. 76. in fine de heredibus inſtituendis l. 4. C. de legatis.

(*c*) cit. l. 8. §. 5. de jure codicillorum.

poſita hujuſmodi regula per conſequentiam factum ſit, tempus teſtamenti, ſive confirmationis ſpectari, quoad relicta in illis, non item codicillorum.

XII. Verum quoniam hoc juris principium, ut nempe in codicillis confirmatis teſtamenti tempus ſpectaretur, veluti profectum non e re ipſa, ſed mera juris fictione ſuſtentatum, ſæpe pugnaret vel cum æquitatis ratione, vel cum aliis juris civilis regulis; factum eſt propterea, ut non ita late perduceretur, ſed ſuis finibus contentum, non ultra progrediebatur, quam res ferret, ne fictionibus offenderetur in ſolida juris, vel æquitatis principia; quum interdum minus liceret confirmationis tempus inſpicere, ſed magis codicillorum. Hinc tradit primo Marcianus, relicta in codicillis non referri ad tempus confirmationis, ſi fiant ab eo, qui quoquo modo habere deſierit teſtamenti factionem; obſtat enim certa juris regula, quod cui jus teſtandi interdicitur, poteſtas quoque negatur conficiendi codicillos: *QUÆDAM*, ait (*a*), *non referuntur ad confirmationem codicillorum, veluti ſi ante captivitatem quis codicillos confirmaverit, & in captivitate codicillos ſcribat, nam non valent. Idem eſt, ſi aliquo modo jus teſtamenti faciendi deſierit habere.* Nec refert eos confirmari, antequam teſtamenti factionem amiſerit: codicilli enim ad teſtamentum facti, ſine illo conſiſtere nequeunt; qui autem ante ſtatus mutationem ſcripſerit teſtamentum, deinde capite minutus decedat, inteſtatus quidem moritur (*b*); ideoque nec codicilli valent, etſi fuerint confirmati in teſtamento facto ante capitis minutionem; quum ſublato pe-

(*a*) l. 7. de jure codicillorum.
(*b*) l. 6. §. 5. de injuſto, rupto, irrito, facto teſtamento.

penitus teſtamento, codicillos quoque concidere neceſſe ſit. Quod ſi teſtamentum reconvaluerit vel civili, vel Prætorio jure; propterea quod antequam moriatur, priſtinum ſtatum recuperarit; tum demum uti & teſtamentum, ita & codicilli reviviſcunt, licet codicillos feciſſet tempore, quo erat capite minutus, ut didicimus ex Tryphonino (*a*), & Paulo (*b*); conſiderantur enim, tamquam ſi in medio nulla ſtatus mutatio interceſſiſſet.

XIII. *Præterea*, ſequitur Marcianus, *in illis, quæ non juris, ſed facti ſunt, non eſt perinde habendum, quod codicillis, atque, ſi ubi confirmatio, ſcriptum eſſet. Veluti ſi ita in codicillis ſcriptum erit: veſtem, quæ mea eſt, codicillorum tempus ſpectandum, non quo confirmantur. Item: ſi Titius vivus eſt; vel: ſi tot annis eſt, codicillis legavit Sejo, tempus codicillorum, non quo tempore ſit teſtamentum, ſpectandum.* Et quidem quod proficiſcitur ex fictione juris, accommodari nequit iis, quæ merum factum reſpiciunt; ideoque licet teſtamenti tempore veſtis aliena fuerit, ſatis eſt, eam eſſe teſtatoris tempore codicillorum; ceſſat enim confirmationis regula in iis, quæ facti ſunt, non juris. Item, ſi ita codicillis legetur: *ſi Titius vivit, vel ſi tot annis ſit*, quum talis conditio ad factum pertineat, non teſtamenti, ſed codicillorum tempus ſpectatur. Atque hinc quoque intelligimus Juriſconſultorum dexteritatem; qui excogitaverant quidem fictiones, ut legis rigorem declinarent; attamen ubi quid conſiderandum eſſet extra juris vinculum, quod quidem in facto

 con-

(*a*) cit. l. 12. §. 5. de captivis, & poſtliminio reverſis.

(*b*) cit. l. 8. §. 3. de jure codicillorum.

Digitized by Google

conſiſteret, iterum revertebantur ad rerum ſimplicitatem quacumque fictione ſublata.

XIV. Æquitatis quoque cauſſa interdum factum eſt, ut ceſſaret regula confirmationis vel in iis, quæ juris eſſent, recteque Javolenus ſcripſit (*a*): *omnis definitio in jure civili periculoſa eſt; parum eſt enim, ut non ſubverti poſſet*. Quippe æquitatis rationi adverſatur, eamdem juris regulam perpetuo ſervari in tanta factorum varietate, qua eam ſequi non poſſumus, quin offendamus in præcipuam æqui, rectique normam. Quod autem ad rem noſtram pertinet, ſequentibus exemplis manifeſtabitur. I. Lege Ælia Sentia cautum erat, ne teſtator, qui creditoribus non ſit ſolvendo, teſtamento manumitteret, præter quam unum ſervum, quem & inſtituat heredem (*b*). Finge modo, eum ſolvendo non fuiſſe tempore, quo condidit teſtamentum, at ſolvendo quidem eſſe codicillorum tempore, quibus libertates dediſſet: quærebatur, an ob codicillorum confirmationem relatis manumiſſionibus ad tempus teſtamenti, in legem incurriſſe videretur; ita ut manumiſſiones non conſtarent? Reſpondet Julianus (*c*): *eum, qui codicillorum tempore ſolvendo ſit, recte libertatem dare placuit, quamvis teſtamenti facti tempore ſolvendo non fuerit*. Etenim æqua ratio non patiebatur, ut juris fictionibus manumiſſiones tollerentur, quarum quidem favorabilior eſt cauſſa. Pari ratione quum eadem lege Ælia Sentia vetaretur minoribus xx. annis manumittere, niſi vindicta, juſtaque cauſſa apud conſilium probata (*d*); ſi quis major quidem xx. annis codicillis libertates dederit, quos

(*a*) l. 202. de regulis juris. (*b*) l. 27. qui, & a quibus manumiſſi &c. (*c*) l. 4. de jure codicillorum. (*d*) Inſt. lib. 1. tit. 6. §. 4.

quos ante teſtamento confirmarat, quum minor xx. annis eſſet: an idcirco libertates conciderint? Et Imperatores Severus, & Antoninus ratas eas haberi reſcripſerunt (*a*): *ſi codicillos major xx. annis feciſſet, confirmationis tempus libertati non nocere certum eſt: nec enim poteſtas juris, ſed judicii conſideratur*. Potior quidem eſt cauſſa manumiſſionis, quam confirmationis regula ex fictione juris profecta, qua referuntur codicilli ad tempus teſtamenti, ideoque hoc caſu nec attenditur confirmationis tempus, ſed ipſorum codicillorum.

XV. Deinde ſi miles teſtamentum fecerit, codicillos vero poſt militiam; hi quidem licet teſtamento confirmati: tamen jus commune ſequuntur, non militare, ne ſpectata confirmationis regula utraque teſtandi ratio perturbetur, ideoque inquit Cajus (*b*): *Si miles teſtamentum in militia fecerit, codicillos poſt militiam, & intra annum miſſionis moriatur, pleriſque placet, in codicillis juris civilis regulam ſpectari debere: quia non ſunt a milite facti. Nec ad rem pertinere; quod teſtamento confirmati ſunt. Ideoque in his legatis, quæ teſtamento data ſunt, legi Falcidiæ locum non eſſe; at in his, quæ codicillis ſcripta ſunt, locum eſſe*. Longius enim perductum eſſet militum privilegium, ſi legata ſcripta in codicillis factis poſt militiam, accipi deberent jure militari: propterea quod eſſent confirmati in teſtamento in militia facto; ideoque haud ſpectato confirmationis tempore ad jus commune eos referendos Conſulti putarunt: quo conſequitur, ut lex Falcidia locum non haberet in legatis ſcriptis in teſtamento facto in militia; bene vero in

(*a*) l. 1. C. de teſtamentaria manumiſſione. (*b*) l. 17 §. 4. de teſtamento militis.

Digitized by Google

in relictis codicillis poſt militiam ; licet teſtamento confirmatis . Contra ſi ante militiam quis teſtamentum feciſſet , in militia vero codicillos , tum hi valent jure militari : & , ut Paulus inquit (*a*) : *certe codicilli militiæ tempore facti non debent referri ad teſtamentum* ; atque ne confunderetur jus commune cum militari, exiſtimarunt, attendi non debere confirmationis regulam, ſed tempus ipſum codicillorum .

XVI. Præterea ſi codicillis teſtamento confirmatis quid mortuo legatum ſit , qui tamen vixerat confirmationis tempore , legatum omnino habetur pro non ſcripto , nec proinde incidit in cauſſam caduci , ut a Fiſco vindicetur , ſed hereditati accreſcit (*b*) . Utcumque autem Cujacius putaverit , hoc ſane inductum in odium Fiſci , ne regula confirmationis attendatur (*c*) ; ſatius eſt rationem petere a Scævola (*d*) : nimirum quod in legatis primum eſt , ut quæramus perſonam , cui detur , tum conſiderandum venit , an datum conſiſtat , quave juris ratione . Quum ergo deficiat perſona , cui detur , fruſtra quærimus , quemadmodum legatum conſiſtere poſſit ; ideoque ubi mortuo codicillis legatur, licet legatarius vixerit confirmationis tempore , non idcirco fiet , ut legatum habeatur in cauſſa caduci ; quum enim deſit perſona , cui detur, magis eſt, ut legatum conſideretur pro non ſcripto.

XVII. Quamquam autem in ſpecie legati mortuo relicti in codicillis confirmatis idem placuiſſet Proculianis , ac Sabinianis ; nihilominus in altera ſpecie non multum a pri-

(*a*) cit. l. 8. §. 4. de jure codicillorum.
(*b*) l. 2. §. 1. l. 6. §. ult. & l. 14. eodem.
(*c*) Tract. 2. ad Africanum ad l. 14. & 15. eodem.
(*d*) cit. l. 14.

prima diſſimili facta eſt diſſenſio inter utramque ſcholam, quæque ita a Scævola traditur *(a)*: Pone ex teſtamento, quem inſtitutum ex aſſe, cui detur ſubſtitutus: Poſt factum teſtamentum, mortuo inſtituto, teſtator codicillis jam teſtamento confirmatis, vel adſcribat, vel adimat quædam legata, veluti ab inſtituto: Quærebatur, an datio, vel ademtio referri deberet ad tempus codicillorum, an potius confirmationis? ſi primum, inutilis fiebat vel datio, vel ademtio; quum enim tempore codicillorum deficeret perſona heredis inſtituti, a quo vel dari, vel adimi juſſerat, id profecto pro non ſcripto habebitur. Sin alterum, conſequitur, codicillos quidem conſtare; nam ſi quicquid hujuſmodi codicillis ſcribitur, datum videtur teſtamento, etſi inſtitutus defecerat, quum codicilli conſcriberentur; ſubſtitutus tamen præſtare tenetur quicquid vel re ipſa datum eſt teſtamento, vel datum in eo videatur per codicillorum confirmationem. Sabiniani quidem regulam conſtanter tenentes, qua confirmationis tempus ſpectatur, codicillos omnino valere contendebant. Proculiani contra negabant, quorum ſententiam ſequutus eſt Scævola, qui tamen, ut Sabinianos argueret, ita rem expedit. Et quidem utraque ſchola admiſerat, legata quidem pro non ſcriptis haberi, quum mortuo codicillis legetur, qui tamen vixerat confirmationis tempore: quo caſu tempus omnino codicillorum ſpectatur, non confirmationis; ita namque ſentit Julianus *(b)*, qui certe Sabinianus erat. Hoc præmiſſo ita Scævola argumentatur: Idem haberi debet, quum quid *mortuo* detur, vel adimatur in codicillis, ac quum detur, vel adimatur *a mortuo*; par enim

(a) cit. l. 14. *(b)* cit. l. 2. §. 1. eodem.

Digitized by Google

enim utriuſque eſſe ratio videtur, atque ut vani efficiuntur codicilli, ſi quid mortuo his legetur, licet legatarius confirmationis tempore viveret; ita inutiles fieri debent, ſi a mortuo detur, vel adimatur, etſi tempore confirmationis perſona, a qua datur, vel adimitur, in rebus humanis eſſet. Etenim quum in legatis primo loco ſpectari oporteat perſona, cui detur, quam ut juris regulæ attendantur, conſentaneum eſt, pari ratione ſpectari quoque debere & perſonam, a qua dari, vel adimi valeat. *In propoſito igitur*, Scævola concludit, *quod poſt obitum heredis codicillis legatum, vel ademtum eſt, nullius momenti eſt, quia heres, ad quem ſermonem conferat, in rebus humanis non eſt, eaque ademtio, & datio nunc vana efficietur. Quod ſi* (alteram ſpeciem proponit ab ea diverſam) *duo inſtituti ſunt, ſubſtitutis datis, unuſque eorum deceſſerit, utilia videntur legata*; nam alter inſtitutus, qui ſupereſt, præſtabit ſolida legata, perinde ac ſi ab eo ſolo relicta eſſent (*a*).

XVIII. Hactenus de codicillis confirmatis. Præſtat hic aliqua addere de non confirmatis, de quorum tamen jure potiſſimum egimus, quum de confirmatis una loquuti ſumus. Hi quidem codicilli generales juris regulas ſequuntur, quæ reſpiciunt ceteros codicillos ad teſtamentum pertinentes. Etenim & vires ſuas ex teſtamento capiunt, illiuſque jus omnino ſequuntur, parteſque teſtamenti intelliguntur: ita ut eo ſublato & codicillos corruere neceſſe ſit. Sed quia carent confirmatione, non ſecus relicta in illis admittebantur, quam ſi precativis eſſent ver-

(*a*) Vide Cujacium loco cit.

Digitized by Google

verbis concepta; qua de cauſſa Paulus eos appellavit *per fideicommiſſum factos*; ideoque differunt a confirmatis, quantum ad eas peculiares juris regulas, quæ confirmationis naturam ſequuntur. Quicquid ergo ſcriptum eſt hujuſmodi codicillis, non perinde habetur, ac ſi ſcriptum eſſet in teſtamento, ut in confirmatis; nec tempus teſtamenti, ſed ipſorum codicillorum ſpectatur; quum nequeat accommodari ea juris fictio, quæ confirmatos dumtaxat reſpicit. Nomen quoque ſortiti ſunt a confirmatis quodammodo diverſum; quum non tam Juriſconſulti eos proprie *codicillos* appellaverint, quam *epiſtolas*, ſive *epiſtolas fideicommiſſarias*, ut ex libris juris apparet, quibus *epiſtolarum* nomine potiſſimum veniunt, ut jam principio monuimus. Et quidem codicillorum vocabulum preſſius acceptum, non niſi ad confirmatos tantum referebatur; quorum jus ex diſputatione fori profectum, quamdam veluti juris civilis partem compoſuerat, præſertim quod imperativa verba iis permitterentur, quæ ex jure civili erant; ideoque proprium juris nomen iis datum eſt, *codicillorum* nempe, quo diſtinguerentur ab ea non ſolemni voluntate, quæ fideicommiſſa tantummodo exhibebat, quæque communi magis, ſive vulgari *epiſtolarum* nomine veniret. Summa ergo ita eſto: Apud veteres generali codicillorum ſignificatione intelligebatur quidem, quicquid relinqueretur per non ſolemnem voluntatem, ſive hoc fieret verbis civilibus, ſive precativis: quum vero ſpeciatim indicare vellent eam non ſolemnem voluntatem, qua legata conſtarent, *codicillos* proprie nominarunt, ſive *codicillos confirmatos* majoris demonſtrationis cauſſa; quod vero attinebat ad relicta per fideicommiſſum, vulgari nomine *epi-*

ſtolarum appellarunt, ſive *epiſtolæ fideicommiſſariæ*. Quod tamen quum non ſatis animadvertiſſent noſtri interpretes, tot futiles differentias excogitarunt inter codicillos, & epiſtolas, quot commenta quoque prodidit Boehmerus (*a*), quum aliorum opiniones convellere conatur, ut unam faceret utriuſque rationem pluribus tantum vocabulis ſignificatam.

XIX. Ac ſane apertiſſime Boehmerus redarguitur ex quodam Scævolæ loco, qui luculenter diſtinguit *codicillos* ab *epiſtola*; quatenus in illis legata, in hac fideicommiſſa continerentur. Ita loquitur Conſultus (*b*): *Codicillis confirmatis ita cavit: omnibus autem libertis meis, & quos vivus, & quos his codicillis manumiſi, contubernales ſuas, item filios, filias, lego*. Perſpicuum eſt, teſtatorem hujuſmodi codicillis legatum ſcripſiſſe. *Idem* (ſequitur Scævola) *poſtea PETIIT ab heredibus ſuis, ut regionem Umbriæ, Tuſciæ Piceno coheredes uxori ſuæ reſtituerent cum omnibus, quæ ibi erunt, & mancipiis ruſticis, vel urbanis, & actoribus exceptis manumiſſis*. (Satis apparet, hæc verba ad fideicommiſſum ſpectare) *Quæſitum eſt, quum Eros, & Stichus ſervi in diem vitæ teſtatoris in Umbria, in Piceno actum adminiſtraverint; ſint autem Damæ, quem teſtator vivus manumiſerat, filii naturales, utrum eidem Damæ ex verbis CODICILLI ab heredibus præſtandi ſint, an vero ad Sejam uxorem ex verbis EPISTOLÆ pertineant? Reſpondit, ex CODICILLIS ad patrem eos naturalem pietatis intuitu pertinere*. Itaque diſtinguit Conſultus codicillos antea factos, in quibus legata continebantur libertis relicta, ab epiſtola poſteriori, qua teſtator *fideicommiſſa* uxo-

(*a*) cap. 1. ſuæ diſputat. §. 6. 7. & 8.
(*b*) l. 41. §. 2. de legatis 3.

uxori ſuæ reliquerat : primam quidem ſcripturam *codicillos* appellat ; alteram vero *epiſtolam* . Agnoſcit & ipſe Boehmerus in hoc Scævolæ loco (*a*) , diverſo quidem nomine eas ſcripturas appellari ; ſed quum non vidiſſet , quo diſcrimen pertineret , exiſtimat , Conſultum vocabulorum copia delectari. Quid Scævola indignius ? aut quid hac interpretatione ineptius ? Papinianus quoque ita diſtinguit codicillos ab epiſtolis , quum ait (*b*) : *Plane ſi ſui juris effectus CODICILLIS , aut aliis LITTERIS eodem teſtamento ſe mori velle declaraverit &c.* quibus verbis ſatis diſcriminat codicillos proprie dictos ab aliis litteris, nempe epiſtolis . An Papinianum pariter verboſum dixerit Boehmerus ?

XX. Quoniam autem codicilli per fideicommiſſum facti imitari videntur quodammodo codicillos ab inteſtato , in quibus voluntas æque ſcribitur per fideicommiſſum ; hinc factum , ut quemadmodum teſtamenta vel imperfecta, vel non jure, facta transformari poterant in codicillos ab inteſtato, ut diximus, per clauſulam *codicillarem* ; ita receptum eſt , ut primum teſtamentum ruptum quidem per poſterius converti poſſet in codicillos ad poſterius teſtamentum pertinentes ex cauſſa fideicommiſſi , ſi teſtator declaret in poſteriori teſtamento , valere velle etiam priores tabulas : *Si paganus* , inquit Ulpianus (*c*) , *qui habebat jam factum teſtamentum , aliud feciſſet , & in eo comprehendiſſet , fidei heredis committere , ut priores tabulæ valerent , omnimodo prius teſtamentum ruptum eſt . Quo rupto poteſt quæri , an vice codicillorum id valere deberet, & quum*

 hæc

(*a*) cit. cap. 1. ſuæ diſput. §. 6. (*b*) l. 12. §. 2. de bonorum poſſeſſ. ſecundum tabulas. (*c*) l. 12. §. 1. de injuſto , rupto , irrito , facto teſtamento.

hæc verba ſint fideicommiſſi, & ſine dubio univerſa, quæ illic ſcripta ſunt, in cauſſa fideicommiſſi erunt, non ſolum legata, & fideicommiſſa, ſed & libertates, & heredis inſtitutio. Itaque quum teſtator in poſterioribus tabulis fidei heredis committat, ut priores quoque tabulæ ſerventur, etſi prius teſtamentum jure rumpatur per poſterius; tamen ex cauſſa fideicommiſſi convertitur in codicillos, & ita voluntas ſervatur, non quidem jure teſtamenti, ſed codicillorum ad poſterius teſtamentum pertinentium. Idem Ulpianus quoque ſtatuit in milite, ſi in poſterioribus tabulis expreſſe fidei heredis committat, ut valerent tabulæ priores. *Quærebatur*, inquit (*a*), *ſi miles, qui habebat jam factum teſtamentum, aliud feciſſet; & in eo comprehendiſſet, fidei heredis committere, ut priores tabulæ valerent, quid juris eſſet? Dicebam: Militi licet plura teſtamenta facere, ſed ſive ſimul fecerit, ſive ſeparatim, utique valebunt, ſi hoc ſpecialiter expreſſerit, nec ſuperius per inferius rumpetur; quum & ex parte heredem inſtituere poſſit, hoc eſt ex parte teſtato, ex parte inteſtato decedere..... Secundum hæc in propoſito referebam, ſi hoc animo fuerit miles, ut valeret prius factum teſtamentum, id quod cavit, valere oportere; ac per hoc effici, ut duo teſtamenta ſint. Sed in propoſito quum fidei heredis committatur, ut valeat prius teſtamentum, apparet eum non ipſo jure valere voluiſſe, ſed magis per fideicommiſſum, id eſt in cauſſam fideicommiſſi, & codicillorum vim prioris teſtamenti convertiſſe*.

§. XI. De

(*a*) l. 19. de teſtamento militis.

§. XI.

De codicillis confirmatis in præteritum, aut in futurum; deque varia juris ratione inter codicillos anteriores, ac poſteriores teſtamento.

I. Quum jam plenius expoſuerimus, quid juris peculiare fuerit in codicillis confirmatis, ac in non confirmatis, ſive factis per fideicommiſſum; ſupereſt ultimus diſputandi locus de confectis ante, vel poſt teſtamenti tabulas, ut nempe cognoſcamus, an eadem eſſet in utriſque juris ratio, an diverſa; quove pacto inter ſe ſe vel convenirent, vel differrent. Et quoniam, ut vidimus, differentia inter verba imperativa, ac precativa effecerat, ut primo modo concepti, non aliter codicilli conſtarent, niſi teſtamento eſſent confirmati; altero vero modo confirmationem non exigebant: ut in propoſito de codicillis anterioribus, vel poſterioribus teſtamento jus cuique proprium aperiamus, multum intereſt hic quoque diſtinguere, quid in legatis, quidve in fideicommiſſis obtinuerit; ſive quid juris fuerit in anterioribus, ac poſterioribus, quibus aut legata, aut fideicommiſſa continerentur. Paulus quidem (a) inter quatuor codicillorum modos refert eorum confirmationem; vel *in præteritum*, quum nempe anteriores ſint teſtamento; vel *in futurum*, quum poſteriores. Plane quod pertinet ad poſteriores teſtamento explorati juris eſt, ut oſtendimus, valere quidem in illis relicta per ver-

(a) cit. l. 8. de jure codicillorum.

Digitized by Google

verba civilia, ſi teſtamento confirmârentur; fideicommiſſa vero etiam in non confirmatis. At de anterioribus teſtamento res non eſt expedita, tum ob difficiles quoſdam juris locos, qui quodammodo pugnare inter ſe ſe videntur, tum ob tam varias interpretum expoſitiones, quæ fortaſſe quin illos dilucidare valeant, parum eſt, ut nodum non reddiderint inexplicabilem.

II. Sed antequam offendamus in ſpinoſiora, præſtat hîc primum eam proferre juris doctrinam de codicillis anterioribus teſtamento, quæ fortaſſe ita explorata ſit, ut in dubium minime revocari queat: qua perſpecta rectius deinde poterimus ad minus expedita accedere. Quicquid dicitur de relictis per verba directa in codicillis factis poſt teſtamentum, nemo quidem ſanus negaverit in codicillis teſtamento anterioribus; utcumque enim ſcribantur ante teſtamentum, palam eſt intellectu poſteriores haberi; quum tamquam illius partes, ſive appendices ejus naturam omnino ſequantur, perinde ac ſi poſteriores revera teſtamento fuiſſent. Hinc eſt, ut quantum ad relictorum cauſſam parem profecto juris rationem agnoverimus in poſterioribus æque, ac in anterioribus; quum enim verba civilia ideo codicillis conceſſere, quod ob eorum confirmationem in teſtamento factam teſtamento datum videretur, quicquid in illis ſcriptum eſſet; cauſſa non eſt, cur hoc magis poſterioribus tribueretur, quam anterioribus, quaſi legata in illis valerent ex teſtamento, in his ex codicillis; quod prorſus abſonum eſt a recta juris ratione. Et quidem quoties Juriſconſulti loquuntur de neceſſaria codicillorum confirmatione in legatis, numquam diſtinxere poſteriores ab anterioribus teſtamento, ſed regulam

ge-

generaliter poſuere, quæ certe aptari non poterat magis unis, quam alteris. Tum Paulus, ubi profert varios codicillorum modos, expreſſe loquitur de *confirmatis* tum in futurum, tum in præteritum. Quid autem oporteret ſpecialem modum conſtituere de *confirmatis in præteritum*, ſi legata valerent, etiamſi teſtamento poſtea ſequuto codicilli non confirmarentur? Præterea quum ex Senatuſconſulto Liboniano inutilia fierent ea legata, vel fideicommiſſa, quæ quis manu ſua ſibimet adſcripſiſſet (*a*), dubitari poterat, an relicto quidem legato in codicillis factis ante teſtamentum, legatarius in teſtamento poſtea ſequuto, tantum ſcribens illorum confirmationem, incidet in Senatuſconſultum? Et Paulus affirmat (*b*): *Qui codicillos*, inquit, *ante teſtamentum factos, in quibus legatum ei adſcriptum erat, CONFIRMAT, in Senatuſconſultum incidit, quod & Julianus ſcribit*. Hoc ideo, quia non aliter legata ſcripta in codicillis valerent, niſi teſtamento hi eſſent confirmati; ac propterea etſi legatum eſſet codicillis anterioribus, quum tamen legatarius confirmationem ſcripſerit, perinde haberetur, ac ſi legatum ipſum ſcripſiſſet; ideoque S. C. tenetur. Demum Imperatores Diocletianus, & Maximianus ita reſcripſerunt (*c*): *Sive initio, quæ fuerat codicillis relicturus generaliter, ſive noviſſime relicta ſervari mandaverit, CONFIRMATIONE MUNITUS nullam juſtam gerere ſollicitudinem potes*. Plane ætate horum Imperatorum jus adhuc perdurabat, ut codicilli confirmarentur, ſive ante, ſive poſt teſtamentum fierent, ut legata conſiſterent.

III. Ve-

(*a*) l. 6. & 15. de lege Cornelia de falſis. (*b*) l. 22. §. 6. eodem. (*c*) l. 6. C. de codicillis

Digitized by Google

III. Verum quamquam quoad relictorum naturam una ſtatuenda videatur juris ratio in codicillis, tum poſterioribus, tum anterioribus teſtamento; quum nulla cauſſa ſit, cur diſtingui valeant: inſtant nihilominus duo difficiliora juris loca, quæ hactenus interpretum ingenia exercuere; unum quidem Papiniani in Pandectis tranſcriptum; alterum Triboniani in inſtitutionibus, quo refertur quoddam reſcriptum Severi, & Antonini, quin mentio habetur de quadam Papiniani ſententia longe diverſa ab illa, quæ proſtat in Pandectis: ita ut nedum Papinianus opponi videatur reſcripto Imperatorum; ſed, quod magis eſt, Tribonianus ipſe nec ſibimet conſtat, quum Papiniano tribuit, quod ex illius ſententia in juris libris relata aliud revera appareat. His difficultatibus accedunt tam variæ, ac inter ſe ſe oppoſitæ interpretum opiniones, ut undique res implicatior magis facta ſit. Verba Papiniani ſunt (*a*): *Ante tabulas teſtamenti codicilli facti non aliter valent, quam ſi teſtamento, quod poſtea factum eſt, vel codicillis confirmentur; aut voluntas eorum quocumque indicio retineatur*. *Indicio* legitur in Florentinis, *judicio* in vulgatis. Tribonianus contra ita loquitur (*b*): *Sed quum ante teſtamentum factum codicilli facti erant, Papinianus ait, non aliter vires habere, quam ſi ſpeciali poſtea voluntate confirmentur*. Quod Tribonianus hic de Papiniano refert, haud concordare videtur cum ipſamet Conſulti ſententia; hic enim, ut ex verbis liquet, deſiderabat in codicillis anterioribus, vel expreſſam confirmationem poſtea ſequutam, ſive in teſtamento, ſive in aliis codicillis poſterioribus, vel tacitam ſaltem voluntatis ſignificationem, qua

(*a*) l. 5. de jure codicillorum. (*b*) Inſt. lib. 2. tit. ult. §. 1

qua quidem retineatur ejus judicium in codicillis declaratum : *aut voluntas eorum quocumque indicio retineatur* . At Tribonianus credidit, Papinianum voluiſſe ſpecialem confirmationem ; deinde ſequitur : *Sed Divi Severus , & Antoninus reſcripſerunt , ex iis codicillis , qui teſtamentum præcedunt , poſſe fideicommiſſum peti ; ſi appareat , eum, qui poſtea teſtamentum fecit , a voluntate , quam codicillis expreſſerat , non receſſiſſe* . Quibus verbis colligi videtur, Imperatores quid diverſum reſcripſiſſe ab ea Papiniani ſententia, de qua prius Tribonianus loquutus eſt ; nam aliud eſt , codicillos anteriores non ſecus valere , quam *ſi ſpeciali poſtea voluntate confirmentur* , aliud poſſe quidem fideicommiſſum peti , ſi appareat , teſtatorem non receſſiſſe a voluntate in codicillis expreſſa . Quod ſi conferre velimus hujuſmodi reſcriptum cum Papiniani ſententia in Pandectis tranſcripta , magis inter ſe ſe convenire videntur , quam diſſentire , niſi illa verba : *quocumque indicio retineatur* interpreteris pro quavis animi ſignificatione ; & contra illud : *ſi appareat non receſſiſſe* pro non revocata voluntate . Reſcriptum quidem Imperatorum non exſtat , niſi quantum ex Triboniano audivimus ; Papiniani vero ſententia præter id , quod Tribonianus refert , non alia proſtat , niſi quam ex Pandectarum libris attulimus. Quid arbitrari liceat in tanta rerum ambiguitate ?

IV. Hotomanus (*a*) , & Duarenus (*b*) ita rem tranſfigunt . Tribuunt primo Triboniano ea ultima verba in Papiniani ſententia : *aut voluntas eorum quocumque indicio retineatur* ; ita ut demtis illis verbis , appareat , Papinia-

P num

(*a*) Inſt. lib. 2. tit. ult. (*b*) diſput. anniverſ. lib. 2. cap. 42.

Digitized by Google

num deſideraſſe ſpecialem confirmationem, uti in inſtitutionibus Tribonianus refert; & ita opponunt Papinianum reſcripto Imperatorum, quo ſatis eſt, ut a voluntate in codicillis ſcripta poſtea non recedatur. Tum credunt, Tribonianum ideo interpolaſſe Papiniani ſententiam, ut ita cum reſcripto conſentiret; ac proinde eumdem ſenſum, putant, redolere illud: *aut voluntas eorum quocumque indicio retineatur*; ac illud: *ſi appareat, eum, qui poſtea teſtamentum fecit, a voluntate, quam codicillis expreſſerat, non receſſiſſe*; quaſi Imperatores quoque deſiderarint quamdam tacitam animi ſignificationem, qua retenta voluntas appareret. Verum, ſi veritatem amemus, interpolatio, quam Triboniano adſcribunt, divinationem ſapit magis, quam interpretationem. Præterea quid opus erat hujuſmodi interpolatione, ſi referens Papiniani ſententiam expreſſe fatetur, eum voluiſſe ſpecialem confirmationem adverſus Imperatorum reſcriptum? Si ergo illa verba Triboniano tribues, ne aliter Papinianus ab Imperatoribus diſſentire videretur, cur idem Tribonianus in inſtitutionibus in Papiniano quid diverſum a reſcripto agnoſcere videtur? Demum nimis durum videtur, Papinianum in libris præſertim reſponſorum, unde ea lex ſumta eſt, improbaſſe Imperatorum decretum, quod notum ei eſſe debuerat; niſi reſcriptum poſterius feceris: quod neſcio, an recte ſuſpicari poſſit.

V. Antonius Faber contra (*a*), quicquid aliter antea ſenſiſſe fateatur, re melius perpenſa, credidit Triboniani cauſſam tueri, dum integram, uti proſtat, ſententiam Papi-

(*a*) lib. 15. conject. cap. 15.

piniano adſcriberet. Contendit tamen, eam revera reſcripto opponi; ita ut recte Tribonianus agnoverit in reſcripto quid contrarium a Papiniani ſententia. Etenim ubi Conſultus ſtatuit, neceſſariam eſſe, vel expreſſam confirmationem poſtea ſequutam, vel ſaltem tacitam aliquo argumento ductam: Imperatores ſatis habuerunt, voluntatem non eſſe revocatam: ac propterea illa verba: *ſi appareat &c.* ita accipienda eſſe credit: *niſi appareat*, vel ut Theophilo placuit (*a*), *niſi oſtendatur*, *teſtatorem ab his*, *quæ in codicillis ſcripſerat*, *receſſiſſe*: Secundum Papinianum quidem non conſtat voluntas, niſi probetur eam retentam eſſe: at ſecundum Imperatores valet, dummodo non probetur fuiſſe revocatam. Nolim quidem cum Fabro admittere, Papinianum revera diſceſſiſſe ab Imperatorum decreto, niſi res aliter componi valeat; nec proinde probaverim illud: *ſi appareat non receſſiſſe* accipi debere, ac: *niſi appareat receſſiſſe*; quum longe diverſa ſit prima ab altera enunciatione; nam *ſi appareat* idem valet, ac ſi probetur, teſtatorem non receſſiſſe; nimirum ſi aliquo argumento retenta voluntas demonſtretur; at *niſi appareat receſſiſſe* importat voluntatem non eſſe revocatam; nec plane video, cur recedendum ſit a ſimplici verborum intelligentia.

VI. Cujacius vero utcumque in libris reſponſorum Papiniani (*b*) idem ſenſerit, ac Hotomanus, & Duarenus quantum ad Triboniani interpolationem in Papiniani ſententia; in obſervationibus tamen (*c*) rem magis interpretandam aggreditur, quam ut Tribonianum arguat

 At-

(*a*) Inſt. lib. 2. tit. ult. §. 1.

(*b*) lib. 7. reſponſorum Papiniani ad cit. l. 5. de jure codicillorum.

(*c*) lib. 16. obſer. cap. 7.

Atque ſcite diſtinguit in codicillis anterioribus teſtamento ca, quæ relinquuntur verbis directis, ut ſunt legata, a fideicommiſſis. Etenim quoad primum relicti genus apertiſſimi juris eſt, codicillos numquam conſtare poſſe, ſi teſtamento poſtea ſequuto non confirmentur, uti ſervatur quoque in codicillis poſterioribus; at quoad fideicommiſſa, quæ, ut vidimus, recte relinquuntur in non confirmatis, vel factis ab inteſtato, nulla cauſſa eſt, cur codicilli licet anteriores ſpecialem confirmationem deſiderent; ideoque recte Imperatores reſcripſerunt, ſatis eſſe, ſi probetur retenta voluntas, ſive, quod idem eſt, ſi appareat, teſtatorem ab illis recedere noluiſſe (*a*). Quamquam autem hæc tantum innuere Cujacius videtur, ut proinde majori illuſtratione indigeant: nil tamen ſolidius aſſerri poterat, quod rectius conduceret ad genuinam expoſitionem, tum ſententiæ Papiniani, tum reſcripti Imperatorum, ut planius mox fiet.

VII. Noviſſime tandem Cornelius van Bynkerſhoekius (*b*) ſummo ſtudio conatur Triboniani cauſſam tueri, ne dicatur, in Papinianum manus injeciſſe. Quantum vero ad legum interpretationem plura tentavit, dum nec abhorret a variis aliorum opinionibus: ita tamen, ut nil certi ſtatuat, ſatis habens, Tribonianum ſuum a crimine falſi vindicaſſe. Atque hæ ſunt præcipuæ interpretum ſententiæ, in quas ceteri iverunt.

VIII. Inter tot opinionum diſſidia haud veremur face ſummi Cujacii rem omnem ita componere, ut in illarum legum interpretatione conſtanter quoque teneamus eam co-

(*a*) Idem quoque ſentit Giphanius, inſt. l. 2. tit. ult.
(*b*) lib. 8. obſer. cap. 13

codicillorum doctrinam, quam veluti e radice ſua hactenus extraximus. Quod ut rectius fiet, primum eſt, Papiniani ſententiam intueri, uti proſtat in Pandectarum libris, ne aliter videremur divinationis potius, quam juris artem profiteri; deinde ad Tribonianum una cum Imperatorum reſcripto ab eo relato accedere. Ut ergo a Papiniano exordiamur: *Ante tabulas teſtamenti*, inquit, *codicilli facti non aliter valent, quam ſi teſtamento, quod poſtea factum eſt, vel codicillis confirmentur, aut voluntas eorum quocumque indicio retineatur*. Hac quidem ſententia Conſultus nec de relictis per verba directa, nec precativa nominatim agit; ſed generaliter loquitur de codicillis anterioribus teſtamento: nimirum quo pacto conſtare poſſint; & quoniam notum eſt, utrumque relicti genus in illis admitti; credendum eſt, Papinianum utrumque una comprehendiſſe; nam dum proponit doctrinam, qua hujuſmodi codicilli regantur, neceſſario complecti debuerat, tum relicta per verba directa, tum per precativa; ne aliter rem imperfecte attigiſſe dicamus, quod de Papiniano præſertim ne ſuſpicari quidem licet. Atque quoad relicta verbis directis jam demonſtravimus idem jus commune fuiſſe, tum poſterioribus, tum anterioribus teſtamento; ideoque recte Papinianus primo loco ait, codicillos factos ante teſtamentum non aliter valere, *quam ſi teſtamento, quod poſtea factum eſt, confirmentur*. Sed urget hic Bynkerſhoekius, quid eſt, quod vel teſtamento confirmari debere ait, vel *aliis codicillis*? An legata valerent, ſi codicilli confirmarentur quidem non teſtamento, ſed aliis codicillis, ut ſemel Cujacio placuit(*a*)? Re-

(*a*) cit. lib. 7. reſponſorum Papiniani ad cit. l. 5. de jure codicillorum.

Reſpondeo, certiſſimi juris eſſe, ut legata non aliter valerent, niſi codicilli eſſent teſtamento confirmati, non item aliis codicillis. Etenim, ut latius ſupra oſtendimus, ideo quoad relicta per verba directa codicilli confirmari debuerant teſtamento, quod, quum ex legis rigore non liceret præter quam in ſolemnibus tabulis uti verbis civilibus, Juriſconſulti, ut legem fraudarent, adhibuerunt quidem eorum confirmationem in teſtamento; quia hoc pacto per fictionem ſaltem juris ſcripta in codicillis videri poterant, ac ſi ſcripta eſſent in ipſo teſtamento. Hoc autem dici nequit de confirmatione facta in aliis codicillis, quod idem eſt, ac in alia non ſolemni ſcriptura; ideoque eodem juris principio, quo legata conſtabant in confirmatis teſtamento, inutilia prorſus fiebant in confirmatis in aliis codicillis: ridiculum enim eſſet, voluntatem non ſolemnem ex altera ſimili capere eam vim, quæ uti non ſolemnis, ſibi negabatur. Sed cur Papinianus ait, eos confirmari quoque poſſe aliis codicillis? Diſtinguere hic oportet duos varios confirmationis effectus: unum, qui ad jus pertinet, alterum, qui reſpicit retentam teſtatoris voluntatem. Quæ autem confirmatio teſtamento comprehendebatur, utrumque ſane effectum continebat: at confirmatio habita in alia non ſolemni ſcriptura illum tantummodo continet, ut dicatur, teſtatorem in noviſſima ſcriptura comprobaſſe eam voluntatem, quam ſcripſerat ante teſtamentum. Quum ergo Papinianus inquit, non aliter codicillos teſtamento anteriores valere, quam ſi aut teſtamento confirmentur, aut codicillis, aut voluntas retenta probetur quocumque indicio, una complexus eſt quodvis relicti genus; unaque oratione regulam

lam proponit, quæ accommodari poterat cuivis codicillo teſtamento anteriori, ſive de legatis, ſive de fideicommiſſis agatur: legata quidem valent per confirmationem in teſtamento; fideicommiſſa vero vel in teſtamento, vel in aliis codicillis poſterioribus, ſive expreſſe fieret, ſive ſaltem tacite ex aliquo voluntatis indicio ducta. Atque confirmatio, quæ refertur ad relicta per verba directa, teſtamento tantum fieri debet; quippe quæ adhibetur, nedum ut voluntas retenta habeatur, ſed ut legata ex teſtamento valere dicantur: ea vero, quæ requiritur in relictis per fideicommiſſum, quum attingat dumtaxat probationem retentæ voluntatis, ſatis eſt, ſi fiat in quavis noviſſima ſcriptura licet non ſolemni, ſive expreſſe, ſive tacite; nam fideicommiſſa, ut diximus, non exigebant confirmationem in teſtamento; quum non ex lege, ſed ex voluntate tantum relinquentis proficiſcerentur; ideoque ubi de voluntate conſtiterit, nil amplius deſiderabant.

IX. Verum quid cauſſæ eſt, ut una quidem fuerit juris ratio quoad relicta per verba directa in codicillis factis tum ante, tum poſt teſtamentum, ſcilicet quod ſpeciatim confirmari debebant ſolemnibus tabulis; quoad fideicommiſſa vero differant poſteriores ab anterioribus, ut in illis quidem ſatis ſit, teſtatorem voluntatem ſuam declaraſſe, contraque in his juxta Papiniani ſententiam non aliter valent relicta, niſi vel teſtamento poſtea ſequuto, vel aliis codicillis, ſive expreſſe, ſive tacite teſtator ſignificaverit, ſe ratam habere velle voluntatem jam in codicillis declaratam? Nonne ſive anteriores ſint, ſive poſteriores, æque ſemper habentur veluti ipſius teſtamenti pars,

pars, atque ſequela, ſive de legatis, ſive de fideicommiſſis agatur? Quid ergo Papinianus ſibi voluit, quum in anterioribus omnino deſideret novam retentæ voluntatis vel expreſſam, vel tacitam ſignificationem ad differentiam illorum, qui fiunt poſt teſtamentum? Diſcriminis quidem ratio hic proficiſci nequit a diverſa cauſſa inter legata, ac fideicommiſſa; ſed alio prorſus principio petenda eſt. Unus Faber eam vidit (a), utcumque nec plenius eam complectatur, quin acumine ſuo eadem poſtea abutitur, quum conatur opponere Papiniani ſententiam Imperatorum reſcripto. Ac ſane qui teſtamento condito codicillos poſtea ſcribit, jam oſtendit, ſe teſtatum decedere velle, nec codicillis poſterioribus aliud intellexiſſe videtur, niſi, ut vel ſuppleret, quod teſtamento deerat, vel corrigeret, quod immutare deſideravit. Qui vero codicillos facit, priuſquam teſtamentum condat; ſive qui ſupremum voluntatis ſuæ judicium a codicillis incipit, is certe vel legata in illis relinquit, vel fideicommiſſa: ſi legata, conjectari quodammodo poteſt, ſe teſtamentum deinde condere velle, quo codicilli nominatim confirmentur, nam aliter legata non conſtant. Sin fideicommiſſa, tum, quoniam fideicommiſſa ab inteſtato recte relinquuntur, is quidem tamquam inteſtatus ſe gerit; idcirco ex hujuſmodi codicillis probabiliter creditur, inteſtatum potius ſe decedere velle. Etenim quum teſtati cauſſa ab heredis inſtitutione incipiat, ubi quis exorditur teſtationem ſuam a fideicommiſſis per codicillos, de herede legitimo magis cogitaſſe videtur, quam de herede in teſta-

(a) cit. lib 15. conject. cap. 15.

ſtamenta poſtea ſcribendo, ſaltem incertum eſt, an in codicillorum confectione de teſtamento quoque cogitaverit, an potius cum iiſdem tantummodo decedere exiſtimaverit ab inteſtato; quum hujuſmodi codicilli jure ſuo, atque ſoli recte conſiſtant vel ſine teſtamento. At quum deinde teſtamentum ſcribat, jam oſtendit, teſtatum omnino ſe mori yelle; ac propterea ex inteſtati ad teſtati cauſſam ſe conferre videtur: quo fit, ut incertum ſaltem ſit, utrum immutato conſilio ea mente ad teſtamentum acceſſerit, ut amplius nolit cum codicillis ab inteſtato decedere, an eo animo teſtetur, ut codicillos quoque antea factos una retineret. Uno verbo haud conſtat, an ad teſtamentum deſcendens codicillos prius factos reſpuerit, an potius exiſtimaverit eam priorem voluntatem etiam retinere;quin ſi conſideretur, quod re ipſa geſſit, magis eſt, ut credamus, rejecta inteſtati cauſſa teſtatum magis ita ſepræbuiſſe, ut novum prorſus inierit conſilium. Itaque in hac voluntatis quæſtione recte Papinianus arbitratur, non aliter priorem voluntatem valere poſſe, niſi ſequatur vel expreſſa, vel ſaltem tacita illius comprobatio, ſive in teſtamento, ſive in quavis alia noviſſima ſcriptura,licet non ſolemni;nova enim animi ſignificatione convaleſcit ea voluntas, quæ per teſtamentum poſtea ſequutum obliterata magis cenſebatur. En genuina differentia inter codicillos teſtamento poſteriores, ac anteriores: primi enim quum certam teſtati cauſſam ſequantur, jam explorata eſt mens teſtatoris, ut nova proinde voluntatis ſignificatione non indigeant; nam certum eſt, per poſteriores codicillos teſtatorem id tantum egiſſe, ut vel ſuppleret, vel corrigeret, quod in ſolemnibus tabulis juſſerat. At contra ante-

Digitized by Google

teriores teſtamento quoniam inteſtati ſpeciem exhiberent, nequeunt idcirco neceſſario traduci ad teſtati rationem; niſi recenti judicio ita teſtator ſe velle oſtenderit. Hinc eſt, non recte eos Papiniani mentem interpretari, qui credunt, quamcumque vel leviſſimam præſumtionem ſatis eſſe ad retentæ voluntatis probationem, vel qui autumant, expreſſam animi ſignificationem exegiſſe, ut Bynkershoekio placuit: quod quidem ducere arbitratur ex illo Papiniani verbo *indicio*, quod cum gloſſa accipit *pro expreſſa declaratione*. Atque ſive *judicio* legas, ut in vulgatis, ſive *indicio*, ut in Florentinis, & Noricis, quod potius probaverim, non ſatis accepiſſe videntur intimam Conſulti ſententiam. Et quidem quamquam in Codice Juſtinianeo *indicii* vocabulum uſurpetur pro quovis argumento, vel remota præſumtione; apud Juriſconſultos tamen, qui latinam puritatem ſervarunt, numquam hoc ſenſu acceptum invenies (*a*). *Indicium* quidem latine idem eſt, ac rei demonſtratio: quæ vel fiat expreſſo ſigno, vel tacito, dummodo ejuſmodi ſit naturæ, ut res preſſius commonſtretur. *Voluntatis* autem *indicium* proprie dicitur, quum aliqua ſignificatione animi ſenſus oſtenditur. Hinc Paulus inquit (*b*): *Recuſari hereditas non tantum verbis, ſed etiam re poteſt, & alio quovis indicio voluntatis*, id eſt quocumque ſigno ſive magis, ſive minus expreſſo, quod ex nobis tamen proficiſcatur: nam ea omnia argumenta, quæ ex re ipſa duci poſſunt, minime pertinent ad noſtræ voluntatis indicium; quum numquam videa-

(*a*) Vide Briſſonium de verborum ſignificatione verbo indicium.
(*b*) recept. ſent. lib. 4. tit. 4. §. 1.

deamur rem proprie indicaſſe, niſi quibuſdam ſignis ex nobiſmetipſis proficiſcentibus eam quodammodo manifeſtemus. Atque huc ſpectat illud Pauli (*a*): *Precario poſſidere videtur non tantum, qui per epiſtolam, vel quacumque alia ratione hoc ſibi concedi poſtulavit; ſed & is, qui NULLO VOLUNTATIS INDICIO, patiente tamen domino poſſidet*: patientia quidem domini licet efficiat, ut is non videatur diſſentire, non tamen voluntatis indicium facit, quum nullam animi manifeſtationem exhibuerit. Ut ergo ad Papinianum revertamur, quum inquit: aut voluntas eorum *QUOCUMQUE INDICIO* retineatur, id revera intelligit, ut teſtator in poſteriori ſcriptura talis ſe præbeat, ut aliquo ſigno ſive magis, ſive minus aperto commonſtret, ſe quidem retinere velle voluntatem in codicillis expreſſam. Hinc ſatis non eſt, eos tantum non revocaſſe; hoc enim licet probaret, eum non videri diſſentire a voluntate anteriori; attamen quum adhuc incertum eſſet, an ad teſtamentum accedens conſilium immutaverit, an illam quoque retinere voluerit, optime Papinianus arbitratur, opus eſſe omnino, ut hujuſmodi voluntatis quæſtio aliquo ſaltem animi indicio definiatur, quo appareat, eum ratam quidem habere velle voluntatem in codicillis ante teſtamentum factis expreſſam.

X. Hæc de Papiniani ſententia. Videamus modo, quod a Triboniano affertur. *Sed*, inquit, *quum ante teſtamentum codicilli facti erant*, *Papinianus ait*, *non aliter vires habere*, *quam ſi ſpeciali poſtea voluntate confirmentur. Sed Divi Severus*, *& Antoninus reſcripſerunt ex iis codi-*

(*a*) recept. ſent. lib. 5. tit. 6. §. 11.

cillis, qui teſtamentum præcedunt, poſſe FIDEICOMMISSUM peti; ſi apparet, eum, qui poſtea teſtamentum fecit, a voluntate, quam codicillis expreſſerat, non receſſiſſe. His verbis plane non video, Tribonianum opponere voluiſſe Papiniani ſententiam reſcripto Imperatorum; non enim ait: *Sed Divi Severus, & Antoninus contra reſcripſerunt*, ut ſolet, quum quid juris immutatum refert. Etenim eadem loquutione, qua Papiniani ſententiam narrat, ſubdit illam Imperatorum; nam inquit: *Sed Papinianus ait &c. Sed Divi Severus, & Antoninus reſcripſerunt &c.* Fateor quidem his duabus ſententiis duo diverſa Tribonianum referre voluiſſe; at negaverim, eas ita affectaſſe, ut unam alteri opponeret; id enim ex verbis non apparet. Refert igitur ex Papiniano primam ſententiæ partem, ut nempe *ſpeciali poſtea voluntate confirmentur*; atque tacet alteram, qua ſaltem requirit quodvis indicium retentæ voluntatis. Sed quid probabilius, quam Tribonianum ex Papiniano referre tantummodo voluiſſe, quod pertineret ad relicta per verba directa; ex Imperatoribus vero quod ſpectaret fideicommiſſa? Nonne refert reſcriptum ad *fideicommiſſa* dumtaxat? At enim, cur non expoſuit integram Papiniani ſententiam, qua ſimul comprehendi videtur utrumque relicti genus? Reſpondeo, novùm non eſſe Triboniano, utrinque carpere juris ſententias, præſertim in inſtitutionibus. Fortaſſe credidit, apertiora eſſe reſcripti verba; quibus expreſſa habetur mentio de *fideicommiſſis* in codicillis anterioribus relictis; ideoque ex Papiniano proferre exiſtimavit jus hujuſmodi codicillorum quoad legata, ex Imperatoribus quoad fideicommiſſa; nolim enim vel ita immemorem Tribonianum face-

ce-

cere, ut non animadverterit reliquam partem ſententiæ Papiniani; vel ita ſtupidum, ut prorſus non intellexerit, quo ea pertineret; vel denique mendacem, ut in inſtitutionibus celare voluerit, quod in Pandectis retulerat. Quod ſi dicas, Tribonianum intelligere de altera Papiniani ſententia diverſa ab illa, quæ proſtat, nec eum excuſabis, quin majori reprehenſioni ſubjicias. Etenim quid cauſſæ erat, ut Papinianum proferret aliter, quam in Pandectis apparet? Ceterum ut ut ſentias de Triboniani conſilio, apertiſſimum quidem eſt, reſcriptum de fideicommiſſis tantum loqui; Papinianum vero generaliter complexum quodcumque relicti genus in codicillis anterioribus; etſi nec de fideicommiſſis, nec de legatis nominatim loquatur.

XI. Sed accedamus tandem ad reſcripti interpretationem, ut videamus, utrum conſentiat, an diſcrepet a Papiniani ſententia. Decreverunt quidem Imperatores, fideicommiſſum deberi, ſi appareat, teſtatorem non receſſiſſe a voluntate in codicillis antea declarata. Numquam cum Fabro vel Theophilo admiſerim, perinde accipi illud *ſi apparet non receſſiſſe*, ac *niſi apparet receſſiſſe*, ut antea monui; hoc enim eſſet detorquere verborum intelligentiam ab illo ordine, quo proſtant. Deinde rectius egerimus, ſi Papinianum magis cum reſcripto componamus; præſertim quum nulla cauſſa ſit, quare inter ſe ſe opponantur. Ac ſane quod Papinianus tradidit affirmando, *aut voluntas eorum quocumque indicio retineatur*, Imperatores reſcripſerunt negando: *ſi apparet eum, qui poſtea teſtamentum fecit, a voluntate, quam codicillis expreſſerat, NON RECESSISSE*; quod idem eſt, ac ſi dixiſſent, ſi aliquo re-

recenti voluntatis indicio oſtendatur, ſive probetur, per teſtamentum poſtea ſequutum teſtatorem noluiſſe recedere a priori voluntate. Enim vero ſi rem plenius conſideraveris, quid porro opus erat Imperatorum decreto, ſi ſatis eſſet, codicillos non eſſe revocatos, ut recte peti poſſet fideicommiſſum? Nonne id commune eſt etiam codicillis poſterioribus? Quis ignorat, quem pluribus codicillis decedere poſſe, dummodo in noviſſimo ab anteriori non recedat? Quid ergo præcipui Imperatores ſtatuiſſent, ſi ſatis haberent, voluntatem non eſſe revocatam? Plane Papinianus ipſe poſtquam dixerat, retineri quidem debere voluntatem quocumque animi indicio, ſtatim addit: *Sed non ſervabuntur ea, de quibus aliter defunctus noviſſime judicavit*; nam perſpicuum eſt, poſteriora prioribus derogare; quod ſane commune eſſe debet omnibus codicillis tum anterioribus, tum poſterioribus teſtamento. Sed inquies, quid prohibet, ut Imperatores diſcedere exiſtimarint a Papiniani ſententia, unamque prorſus cauſſam feciſſent codicillorum factorum, tum ante, tum poſt teſtamentum? Hoc quidem tum tandem crediderim, quum vel juris ratio non reſiſteret, vel id poſſet colligi ex reſcripti verbis, uti proſtant, non ut Faber interpretatur. Diverſa quippe eſt cauſſa codicillorum, quos ante teſtamentum quis confecerit ab illis, qui teſtamentum ſequuntur; nam qui prius per codicillos, tamquam inteſtatus ſe gerens, poſtea ſe transferat ad teſtati cauſſam, incertum eſt, utrum codicillos reſpuere, an retinere voluerit una cum teſtamento; ideoque quum agatur de voluntatis quæſtione, neceſſe eſt, illam recenti judicio comprobari, ſive ſigno expreſſo, ſive tacito.

XII. Ex-

XII. Explorata Papiniani mente de codicillis anterioribus teſtamento, eaque in conſonantiam adducta cum reſcripto Imperatorum, facile percipimus, quemadmodum una retinuimus eamdem codicillorum doctrinam, ſibique conſentaneam, quam hactenus ex jure Pandectarum expreſſimus; adeo ut quicquid juris peculiare interceſſerit inter varios codicillorum modos ad teſtamentum pertinentes, conſpirare quodammodo in unum juris principium videatur. Quippe ſi legata in illis ſcriberentur, æque ſemper veteres exigebant illorum confirmationem in teſtamento factam, ſive ante, ſive poſt teſtamentum fierent; quum niſi adeſſet juris fictio, quæ confirmationis ope habebatur, haud conſtare poterant relicta verbis directis in tabulis non ſolemnibus, ut alias vidimus. Unica ergo differentia inter poſteriores, ac anteriores teſtamento cadere potuit quoad relicta per verba precativa, in quibus confirmatio non exigebatur. In his quidem vel teſtator confirmatione quoque utebatur in teſtamento poſtea ſequuto; tumque licet hæc ſupervacanea eſſet quantum ad vim relictorum, quum in fideicommiſſis codicilli non egerent confirmatione; utilis tamen fieret ad commonſtrandam retentam voluntatem; ſin deerat, recte Papinianus putavit, aliquod ſaltem voluntatis indicium adeſſe debere, vel in teſtamento poſteriori, vel in quavis noviſſima ſcriptura, ut retentæ voluntatis probatio omnino conſtaret, uti & Imperatoribus quoque placuit. Itaque quoad relicta per fideicommiſſum diſtabant quidem anteriores a poſterioribus; in illis enim intercedere debuerat probatio retentæ voluntatis; ſive hæc fieret expreſſa confirmatione, ſive quovis tacito voluntatis indicio;

Digitized by Google

cio ; in his non item ; utpote quibus locum non habet quæſtio voluntatis.

XIII. Hæc hactenus de jure codicillorum ſub Auguſto primum recepto, ac deinde Magiſtratuum jurisdictione, forique diſputatione aucto, quantum ex Juriſconſultorum ſcriptis, quæ ſuperſunt, depromere licuit. Proximum eſt, ut novo Imperatorum juri accedamus.

CAPUT II.

Digitized by Google

CAPUT II.

De novo jure Codicillorum a Conſtantini Magni ætate ad Juſtinianum.

I. QUod codicillorum jus Auguſti ævo, moribus primum inductum, tum auctum præſertim diſputatione fori; ac demum Juriſconſultorum opera ad certam juris normam revocatum adoptavit Romana juriſprudentia ſub primis Imperatoribus; ſartum tectum diu illud ſervavit ad Conſtantini uſque tempora; quando paullatim immutationibus ſubeſſe cœpit. Et quidem, quantum ex juris hiſtoria conjicere licet, jus Romanum, ac præcipue quod ſpectat ſuprema voluntatis judicia, ſive ad teſtamenta proprie, ſive ad codicillos referebatur, perſpicuum eſt, ſaltem quoad ſumma rerum capita conſtantiſſime omnino ſtetiſſe ab Auguſto ad Conſtantinum; ex quo deinceps res teſtamentaria novam quodammodo ſpeciem recipere viſa eſt, non parum a veteri obſervatione diverſam. Atque quum hac potiſſimum ætate, ſubacta veteri ſuperſtitione, vera dominaretur Chriſti religio, naturaliter quoque cœpit res profana immutari; ut ex tot ſuperſtitioſis juris ſubtilitatibus, atque formulis, quibus præſertim res teſtamentaria obvolvebatur, ſenſim tranſduceretur ad primœvam naturæ ſimplicitatem, nudumque magis veritatis aſpectum. Huic acceſſit plenior tum

Digitized by Google

temporis Imperatorum poteſtas in novis legibus, ſive conſtitutionibus edicendis, quibus, poſthabitis quodammodo veterum inſtitutis, nova in dies prodiit juriſprudentia, ſed diverſo modo, quo fieri conſueverat ſub primis Imperatoribus. Tum enim ſi quid immutari vellet ex veteri lege, novaque introduci, vel hoc expreſſe fiebat, rogatis nempe Senatuſconſultis; vel novis vocabulorum, aut formularum involucris Juriſconſultorum ſtudio artificioſe inventis, declinaretur quidem a veteri obſervatione, licet abrogari ea non videbatur aperto jure: ita ut & jus vetus una retinerent, & novum inducerent, ad novos mores comparatum (*a*), ut hactenus factum vidimus in codicillis, ac fideicommiſſis (*b*). At poſtquam legum ferendarum poteſtas omnino in Principes transferri cœpit, quemadmodum ceſſavit fraudulenta juris immutatio, ita novis Imperatorum conſtitutionibus conciderunt potiſſimum tot nominum, ac formularum arcana; juriſque proinde doctrina verſa eſt in ſimpliciorem cauſſam.

II. Atque quod ad rem noſtram attinet, palam eſt, ſub Diocletiano, qui imperium depoſuit duobus circiter annis ante Conſtantinum, adhuc obtinuiſſe comperimus idem codicillorum jus, quod apparet ex ſcriptis veterum Juriſconſultorum; varia enim hujus Imperatoris reſcripta de codicillis habita illorum ſententiis omnino reſpondent (*c*); ut novum illorum jus repetendum omnino videa-

(*a*) Tacitus annal. 1. cap. 3.

(*b*) Vide Heinec. antiquit. Rom. ad inſt. lib. 1. tit. 2. §. , 9. lit. x.

(*c*) Vide l. 4. C. de codicillis, qua fit mentio de codicillis ab inteſtato confectis per precativa verba. Item l. 6. eodem, quæ loquitur de codicillis teſtamento confirmatis, ſive ante, ſive poſt teſtamentum factis. L. 3. C. Hermogeniano, qua habetur, non poſſe nec dari, nec adimi legata, niſi codicillis teſtamento confirmatis. Demum l. 22. C. de fideicommiſſis, ex qua apparet, codicillos conſiderari tamquam non ſolemnes, licet teſtes adhiberentur probationis cauſſa. Quam quidem doctrinam protulimus etiam ex veterum ſententiis.

deatur a Conſtantino ad Juſtinianum, ut infra la tius patebit. Quicquid autem jure novo immutatum deprehenditur, ad duo tantum capita referri poteſt: unum, quod reſpicit rectam codicillorum conformationem, ſive actus ſolemnitatem: alterum varios illorum modos; quod tamen per conſequentiam inductum eſt ex exæquatione facta legatorum, ac fideicommiſſorum; quum enim ex verborum differentia, nempe precativa, ac imperativa, varia fieret codicillorum ratio, ut demonſtravimus, ea ſublata continuo receſſit, quicquid ex hujuſmodi diſcrimine proficiſceretur. Itaque de unoquoque immutationis capite ita hic ſermonem inſtituemus, ut, quum ſigillatim utrumque expoſuerimus, facile perſpici valeat, quid ex veteri jure manſerit, quid novo jure ſtatuatur, ac quemadmodum liceat cum veteri novum componere, veterumque ſententias ad novum jus transferre.

§. I.

Jus novum codicillorum quantum ad ſolemnem eorum conformationem.

I. TEſtationes, in quibus veteres ſolemnem quidem ritum deſiderarunt, ad teſtamentorum tantum tabulas referebantur, veluti lege admiſſas. Et quamquam diverſo ritu utebantur in teſtamentis de jure civili, atque Prætorio; tamen utcumque is fieret, actus ſolemnitas omnino intercedere debuerat. Contra in codicillis, tamquam moribus magis conſtitutis, nullo idcirco ritu voluntas declarari oportebat; atque, ut ſuperiori capite

Digitized by Google

oſtendimus, etſi codicilli legitimis etiam conſtabant probationibus, ut certa haberetur defuncti voluntas; hoc tamen haud conſtituerat actum ſolemnem; quum nullum adeſſet legis præſcriptum, ſecundum quod voluntas exprimi deberet; qua de cauſſa jus codicillorum, ut vidimus, potiſſimum a teſtamentis diſtinguebatur. Stetit quidem hoc jus conſtantiſſime ab Auguſto ad Conſtantinum uſque, ſive Conſtantium ejus filium, ut ſuſpicatur Jacobus Gothofredus (*a*); quando res quodammodo immutari cœpit. Etenim Imperator, (quiſquis revera illorum fuerit, quod parum refert hic definire) ſtatuit numerum vel ſeptem, vel quinque teſtium in iis dumtaxat codicillis, qui fierent ab inteſtato (*b*): *In codicillis*, inquit, *quos teſtamentum non præcedit, ſicut in voluntatibus teſtamenti SEPTEM TESTIUM, VEL QUINQUE interventum non deeſſe oportet; ſic enim fiet, ut teſtantium ſucceſſiones ſine aliqua captione ſerventur. Si quando igitur teſtium numerus defecerit, inſtrumentum codicilli habeatur infirmum. Quod & in ceteris voluntatibus placuit obſervari*. Cauſſam ſane huic novo juri in codicillis præbuerunt frequentiſſimæ quæſtiones de falſis; ſcriptura enim non ſolemnis facilius ſubeſt falſariorum fraudibus; quibus Imperator occurrere volens, ait: *ſic enim fiet, ut teſtantium ſucceſſiones ſine aliqua captione ſerventur*.

II. Præſcribitur autem hac lege ſolemnis teſtium numerus in iis codicillis, *quos teſtamentum non præcedit*; ſive, ut interpres exponit, *qui ad vicem teſtamenti fiunt*. Plane quoniam codicilli ab inteſtato vicem teſtamenti exhi-

(*a*) comment. ad l. 1. C. Theodoſiano de teſtamentis, & codicillis.

(*b*) l. 1. C. Theodoſiano de teſtamentis, & codicillis.

hibere videntur, illiuſque jus quodammodo imitantur, ut diximus, credidit Imperator, nil magis conſentaneum eſſe, quam ut parem utriuſque faceret cauſſam eodem teſtium numero præſcripto in codicillis ab inteſtato, qui & teſtamentis adhibebatur. Hinc primum diſtingui cœperunt quantum ad formam codicilli ab inteſtato a ceteris ad teſtamentum pertinentibus; nam illi quidem ſolemni ritu peragi debuerant, teſtamenti exemplo; hi tamen manſerunt ſecundum veterem obſervationem. Etenim in novo jure conſtituendo raro ſolet jus vetus ſemel omnino abrogari; ſed potius initium ducitur ab iis, quæ ſunt immutationi proximiora; deinde temporis progreſſu eo pervenitur, unde incipere durum fortaſſe videri poteſt. Sed quid eſt, quod Imperator ſtatuens eumdem teſtium numerum in codicillis ab inteſtato, ac in teſtamentis, ait; illum eſſe debere vel quinque, vel ſeptem? Recte Gothofredus arbitratur (a), hoc quidem referri ad variam teſtamentorum formam, quæ adhuc obtinebat ſub Conſtantino, nimirum ex jure civili, id eſt per mancipationem, & ex Prætorio. Nondum quidem obſoleverat teſtandi ratio per æs, & libram, adhibitis nempe quinque teſtibus, libripende, familiæque emtore; ſed, uti quiſque mallet, vel teſtari poterat per mancipationem adhibitione quinque teſtium, vel ſeptem teſtium ex jure Prætorio. Itaque perduxit Imperator ad hujuſmodi codicillos eamdem formam, quæ teſtamentis ſervabatur; quibus quemadmodum permittebatur numerus, vel quinque, vel ſeptem teſtium ſecundum formam, vel civilis, vel Prætorii juris: ita varius ille nume-

(a) loco cit.

merus præſcriptus eſt in codicillis ab inteſtato; quos ſolemnes omnino haberi juſſit; atque, ut apertius ſignificaret, idem velle in quavis ſuprema voluntate ſine teſtamento relicta, ſive codicilli appellarentur, ſive epiſtolæ, addidit ea ultima verba: *Quod & in ceteris voluntatibus placuit obſervari*.

III. Quantum vero ad codicillos, vel epiſtolas ad teſtamentum pertinentes, etſi jus vetus adhuc perduraſſet; Theodoſius Magnus tamen illud poſtea turbare quodammodo inſtituit. Cavit hic humaniſſimus Imperator, ſe numquam admiſſurum relicta ſibi vel, ſuis non ſolemnibus ſcripturis, utpote quæ facile eſſent fraudibus obnoxiæ; tantum ſibi permittens, quod cautum haberetur ſolemni teſtamento. Ceteris tamen haud improbat illarum uſum; ſed hoc addit: ut ſi quæſtio ſit de earum fide, tum ſtatuit, onus probationis ei incumbere, qui ſcripturam proferat, ſive qui ex illa lucrum quærit: *Quæ codicillis*, inquit (*a*), *aut epiſtolis nobis, neceſſitudinibuſque noſtris relinquuntur, non admittimus: ſit ille uſus inter privatos ratus. Et ſane hoc loco præbemus licentiam, ut civiliter, ſive criminaliter, ut actor elegerit, ſuper prolata epiſtola requiratur; ET INCUMBAT PROBATIO EI PRIMITUS, QUI SCRIPTURAM OBTULERIT*; (quæ ſequuntur, habentur in Codice Juſtinianeo (*b*), uti hanc legem tranſcripſit Tribonianus) *deinde ei, qui ſtricta inſtantia falſum arguere paratus ſit*. Et quidem nota eſt juris regula, ut qui falſum arguit, probationem præſtare teneatur (*c*); alioqui pro ſcriptura præſumitur. At quoad codicillos non ſolemnes voluit Theodoſius Magnus

(*a*) l. 2. C. Theodoſiano de teſtamentis, & codicillis.

(*b*) l. ult. C. ad legem Corneliam de falſis.

(*c*) l. 24. C. de probationibus, & l. 22. C. ad legem Corneliam de falſis.

gnus ſatis eſſe, ſcripturam dici ſuſpectam, ut qui ex illa vult capere relicta, ejus comprobet veritatem.

IV. Verum gliſcente in dies falſariorum inſolentia in ſupremis, placuit tandem Theodoſio Arcadii filio unam ſolemnem juris obſervationem ſtatuere in quibuſcumque codicillis, tum ab inteſtato, tum ad teſtamentum factis, ſive ſcriptis, ſive nuncupatis; ita tamen, ut quoad teſtium numerum diſtinguerentur teſtamenta a codicillis; atque in illis ſeptem omnino præſcripſit (*a*); in his vero quinque. Hujus Imperatoris conſtitutio proſtat in Codice Juſtinianeo his verbis (*b*): *In omni autem ultima voluntate excepto teſtamento quinque teſtes vel rogati, vel qui fortuito venerint in uno eodemque tempore debent adhiberi, ſive in ſcriptis, ſive ſine ſcriptis voluntas conficiatur teſtibus videlicet, quando in ſcriptis voluntas componitur, ſubnotationem ſuam accommodantibus*. Itaque ſtatuit, quamcumque ſupremam voluntatem præter teſtamentum, ſive ſcriptam, ſive nuncupatam, non ſecus valere, quam quinque teſtibus ſolemniter adhibitis; qui, ſi ſcriptis fieret, ſubſcriptionem ſuam quoque adjiciant. Ac quidem, ut ſcite animadvertit Jacobus Gothofredus (*c*), Theodoſii ævo prorſus exolevit teſtandi modus per æs, & libram; atque tum primum varia teſtamenti forma ex jure civili, & Prætorio in unam conſonantiam coaluit; quo factum eſt, ut ſeptem teſtium numerus ex jure Prætorio deſcendens teſtamento adſcriptus eſt, veluti tabulis ſolemnioribus: numerus vero quinque teſtium, jure civili adhibitus in teſtamentis per mancipationem, tributus eſt codicillis; ideo-

(*a*) l. 21. C. de teſtamentis.
(*b*) l. ult. §. ult. C. de codicillis.
(*c*) comment. ad cit. l. 6. C. Theodoſiano de teſtamentis, & codicillis.

Digitized by Google

ideoque in teſtamentis retentus eſt teſtium numerus ex jure Prætorio, in codicillis vero ex jure civili. Atque ubi Conſtantinus dederat codicillis dumtaxat ab inteſtato eumdem teſtium numerum vel ſeptem, vel quinque, prout ſervabatur in teſtamentis, quum adhuc perſtabat varius teſtandi uſus vel per mancipationem, vel ſine mancipatione ex Prætoris beneficio, Theodoſius contra quum jam in deſuetudinem abiiſſet teſtandi ratio per mancipationem, unam fecit omnium codicillorum cauſſam, a teſtamentis tamen diſtinctam quantum ad teſtium numerum.

V. Litem hic moverunt interpretes, an hoc jus novum de ſolemni quinque teſtium numero in codicillis Theodoſio revera tribuendum ſit, an magis Juſtiniano? Occaſionem quidem huic dubitationi præbet, quod licet hujuſmodi conſtitutio nomen Theodoſii præſeferat, quum tamen Tribonianus eam adjeciſſet cuidam alteri Theodoſii conſtitutioni, quæ proſtat in Codice Theodoſiano, atque in eo non extet, quod in Juſtinianeo refertur de codicillorum ſolemnitate, colligunt idcirco nonnulli poſt Balduinum (*a*), & Giphanium (*b*), inter quos etiam Boehmerus (*c*), Tribonianum hoc quidem Theodoſio appinxiſſe, quum revera Juſtinianum habeat auctorem; hancque conjecturam veriſimilem reddere conantur, quod non videtur a Juſtiniano alienus hic numerus quinque teſtium, quum in ſervorum manumiſſione per epiſtolam, aut inter amicos eumdem numerum præſcribat (*d*): ac propterea haud immerito eum auctorem quoque feceris ejuſdem teſtium numeri in codicillis.

VI. Fa-

(*a*) Inſt. lib. 2. tit. ult.
(*b*) In Codice ad l. ult. §. ult. de codicillis.
(*c*) cap. 1. §. 26. ſuæ diſput.
(*d*) l. unica §. 1. & 2. de latina libertate tollenda.

VI. Fateor equidem; nullibi, quam hoc loco Tribonianum falſo accuſari; nam tantum abeſt, Theodoſio conſtitutionem negari; ut nullo pacto ea Juſtiniano tribuenda videatur. Ac primo non quod in Codice Theodoſiano non legatur eadem conſtitutio, quæ in Juſtinianeo apparet, indicio eſſe poteſt, Theodoſium id revera non caviſſe. Etenim ſi ita argumentari liceat, conſequeretur, tot conſtitutiones tranſcriptas quidem in Codice Juſtinianeo ſub Theodoſii, aliorumque Imperatorum nomine, quæ tamen deſunt in collectione Codicis Theodoſiani, uni Juſtiniano fore neceſſario adſcribendas; quo certe nil ineptius dici poterit. Quis autem ignorat, Codicem Theodoſianum, uti ad nos pervenit, mutilum omnino eſſe, atque imperfectum, ut jam pridem viri eruditi, Gothofredus præſertim ſexcentis animadverterunt? Quid ergo eſt, legem ideo Theodoſio negare, propterea quod hæc abſit a Codice Theodoſiano? Sed urgent, illa legis verba Tribonianum quidem attexuiſſe alteri Theodoſii conſtitutioni, quæ tamen reperitur, tum in Codice Theodoſiano, tum Juſtinianeo: quo fit, ut quod Tribonianus poſtremo loco adjecerit, revera illius pars eſſe non videatur. Libenter hoc admiſerim; ſed male hinc infertur, Juſtiniano magis, quam Theodoſio eam eſſe tribuendam; non enim quod haberi nequeat, tanquam pars illius conſtitutionis, cui ſubnectitur, conſequitur, eam proinde Theodoſii non eſſe. Perſpicuum quidem eſt, ut Gothofredus monet (*a*), Tribonianum ſæpe plures, tum unius, tum diverſorum Imperatorum conſtitutiones una le-

S

(*a*) In Prolegomenis ad Codicem Theodoſianum, cap. 4.

lege comprehendiſſe, quod pluribus exemplis demonſtrat; ut nil mirum, ſi quæ duabus ipſius Theodoſii legibus continerentur, Tribonianus ſimul complexus eſſet. Potuit ergo duas Theodoſii conſtitutiones una lege comprehendere, quod pluries feciſſe comperimus; ſed fruſtra inde conficiunt, Theodoſium illius non videri auctorem. Atque perperam plerique non accurati interpretes, quos inter Boehmerus ſententiam ſuam comprobare conantur auctoritate Jacobi Gothofredi; is namque etſi fateatur, Tribonianum attexuiſſe illi legi Theodoſii, quod ejus non eſſet, nuſquam tamen admittit, Juſtiniano magis, quam Theodoſio adſcribi debere; ita enim loquitur (*a*): *Subjicit hoc loco Tribonianus; & huic legi attexit, quæ ejus non ſunt, de numero, & qualitate teſtium in codicillis, omnique alia voluntate præter teſtamentum*.

VII. Præterea quod Theodoſius hoc loco expreſſe cavit de ſolemni teſtium numero in codicillis, obiter quoque repetit in alia lege, quam tulit de teſtamentorum forma; ait enim, prius teſtamentum non rumpi per poſterius, niſi noviſſimum perfectum ſit. Quod ſi in priori ſcriptus ſit extraneus heres, in poſteriori vero legitimus, *eo caſu*, inquit (*b*), *licet imperfecta videatur ſcriptura poſterior, infirmato priore teſtamento; ſecundam ejus voluntatem, non quaſi teſtamentum, ſed quaſi voluntatem ultimam inteſtati valere ſancimus; IN QUA VOLUNTATE QUINQUE TESTIUM JURATORUM DEPOSITIONES SUFFICIUNT; quo non facto valebit primum teſtamentum, licet in eo ſcripti videantur extranei*. Igitur in codicillis ab inteſtato; ſive, ut loquitur, in inteſtati vo-

(*a*) in notis ad l. 7. C. Theodoſiano de teſtamentis, & codicillis.
(*b*) cit. l. 21. §. 3. C. de teſtamentis.

voluntate numerum quinque teſtium hac ipſa lege Theodoſius præſcribit. Et quamvis hic tantum mentio fiat de codicillis ab inteſtato, non item de pertinentibus ad teſtamentum, ad quos ſermonis ratio referri non poterat; ſatis tamen liquet, Theodoſium quidem diſtinxiſſe numerum teſtium in teſtamentis, ac in codicillis; ideoque ait: *in qua voluntate quinque teſtium juratorum depoſitiones ſufficiunt*; quum contra principio legis numerum ſeptem teſtium juſſiſſet in teſtamentis. Neque cavillaveris, hunc teſtium numerum in codicillis ab inteſtato a Conſtantino magis repetendum. Etenim conſtitutio illius Imperatoris, ut vidimus, longe diverſa eſt ab hoc novo jure Theodoſii: Ille quidem, quum antea codicilli non eſſent ſolemnes, ſatis habuit perducere codicillos ab inteſtato ad eamdem teſtamentorum ſolemnitatem; nimirum vel adhibitione ſeptem teſtium, ſi fierent ſecundum formam jure Prætorio conſtitutam, vel quinque per mancipationem ex jure civili; in qua præter teſtes aderat libripens, familiæque emtor. At Theodoſius, cujus ætate exoleverat teſtandi forma per mancipationem, quum hoc loco præceperit numerum quinque teſtium in codicillis ab inteſtato, haud intellexit comprobare, quod ſanxerat Conſtantinus; nam quod hic commune fecerat teſtamentis,ac codicillis ab inteſtato, Theodoſius,ſublato jam mancipationis uſu, diſtinxit; atque teſtamentis ſeptem, codicillis vero quinque teſtes aſſignavit. Quare non video, qua fronte liceat hoc novum jus Theodoſio negare; quum manifeſtiſſime contrarium appareat ex duabus conſtitutionibus, quæ Theodoſium præferunt.

VIII. Ceterum dicant, quæſo, Triboniani obtrecta-

tores, qua de cauſſa celari debuerat Juſtiniani nomen, ſi revera hujus novi juris auctor fuiſſet? Palam eſt ex libris juris, quanta gloria Juſtinianus efferatur; vel quum jus vetus abrogatur, vel novum profertur; quantoque ſtudio Tribonianus Imperatorem ſuum oſtentet, vel quum quid minimum proponatur a veteri jure immutatum; ut non immerito interdum a doctis viris notetur; propterea quod Juſtiniano facile tribuat, quæ magis aliorum ſint. His præmiſſis de Triboniani indole, atque de Imperatore tam glorioſo in novo jure condendo, quis umquam ſibi perſuaſerit, Tribonianum Theodoſio magis adſcribere attentaſſe, quod eſſet Juſtiniani? An hic puduerit Juſtinianum efferre, quum in tanta novi juris introductione, quanta proſtat ex hoc Imperatore, præſertim in re teſtamentaria, numquam Tribonianus Juſtiniani nomen ſuppreſſerit?

IX. Demum quod afferunt; ex Juſtiniani nempe conſtitutione de numero quinque teſtium in manumiſſionibus per epiſtolam, vel inter amicos (*a*) conjecturam duci, eumdem quoque Imperatorem ſanxiſſe parem teſtium numerum in codicillis; non modo alienum prorſus eſſe crediderim; quin ſi conſtitutionis verba perpendantur, magis eſt, ut dicamus, Juſtinianum imitari voluiſſe in manumiſſionibus, quod Theodoſius ſtatuerat in codicillis. Et quidem poſtquam caverat Imperator, non recte manumiſſionem dari per epiſtolam, niſi quinque teſtibus adhibitis, addit: *Libertas ſervo competat, quaſi ex* IMITATIONE CODICILLI *delata*; quod etiam repetit in manumiſſione inter amicos his ver-

(*a*) cit. l. unica §. 1. & 2. de latina libertate tollenda.

verbis: *quaſi ex codicillis libertatem adipiſcentes*. Quid quæſo ex hoc loco colligi licet; niſi quod Juſtinianus imitari voluerit in manumiſſionibus, quod cautum eſſet de codicillis? Nonne aperte inquit, libertatem datam videri *ex imitatione codicilli*? At, inquies, ideo hic ſit mentio codicillorum, quod idem Juſtinianus talem teſtium numerum fortaſſe in codicillis præſcripſerat. Sed quid obſtat, cur codicillos ideo nominaſſet; quia jam ille teſtium numerus ex Theodoſio obtinuerat? Forſan rectius hoc dici nequit? Itaque, ne in re tam levi longiores ſimus, ſatis oſtendimus quot falſis argumentationibus contendant jus novum de ſolemni quinque teſtium numero in codicillis Theodoſio negare, quum ceteroqui nulla cauſſa ſit, cur Tribonianum calumniemur.

X. Reſtat, ut Juſtinianum tandem adeamus; quo auctore perſpiciendum modo eſt, an quid novi revera inductum ſit quoad codicillorum formam, qualem ſtatuerat Theodoſius. Is profecto nedum nil immutavit a Theodoſiana conſtitutione; quin relatis donationibus cauſſa mortis inter ſpecies ſupremæ voluntatis præcepit eumdem teſtium numerum in hujuſmodi donationibus, qualem Theodoſius præſcripſerat in quibuſcumque ſupremis voluntatibus præter teſtamentum (*a*); idemque cavit in manumiſſionibus ſervorum per epiſtolam, vel inter amicos inſtar codicillorum. Unum protulit a Theodoſiana lege quodammodo alienum; quod tamen peculiarem tantum ſpeciem attingit. Cuique notum, quemadmodum Juſtiniano auctore una, eademque facta ſit cauſſa legatorum, ac fideicommiſ-

(*a*) l. 4. & ult. C. de donationibus cauſſa mortis.

miſſorum, tum quantum ad actiones, tum quantum ad juris poteſtatem, ut latius infra oſtendemus. Quod autem ſpectat relicti probationem, placuit huic Imperatori, ut magis proſpiceretur voluntatibus defunctorum, benigniorem facere relictorum cauſſam per fideicommiſſum; ſtatuitque, ut ſi teſtator fideicommiſſa quidem voce pronunciaſſet vel heredi, vel legatario, a quo illa præſtari velit, licet nulli omnino teſtes adſint, ea quidem valere; quum ſatis exiſtimaverit, relicti probationem excuti ab illius fide, a quo fideicommittatur. Quod ſi ea is præſtare recuſet; nec fideicommiſſum proinde fateatur, jurejurando cogendus ad defuncti voluntatem aperiendam, ſibique manifeſtatam: quo delato, vel negat, vel affirmat, vel jurare noluerit; ſi negat, nihil debetur; ſi affirmat, id omnimodo præſtabit, licet nullus teſtis adfuerit; ac demum ſi jurare nolit, perinde eum haberi, ac ſi fideicommiſſum fateretur (*a*). Itaque quantum ad fideicommiſſa relicta per nuncupationem, vel ſine teſtium præſentia voluit, ſequendam fidem eſſe illius, a quo teſtator reliquerit: *Quum enim*, inquit (*b*), *per teſtium ſolemnitatem oſtenditur; tunc & numerus teſtium, & nimia ſubtilitas requirenda eſt. Lex etenim, ne quid falſitatis incurrat per duos forte teſtes compoſitum teſtamentum, majorem numerum teſtium expoſtulat; ut per ampliores homines perfectiſſima veritas reveletur. Quum autem is, qui aliquid ex voluntate defuncti lucratur, (& maxime ipſe heres, cui ſumma auctoritas totius cauſſæ commiſſa eſt) dicere compelli-*

(*a*) l. ult. C. de fideicommiſſis, & inſt. lib. 2. tit. 23: §. 12.
(*b*) cit. l. ult, C. de fideicommiſſis.

Digitized by Google

pellitur veritatem per Sacramenti religionem, qualis locus teſtibus relinquatur: vel quemadmodum ad extraneam fidem decurratur propria, & indubitata fide relicta? Juſtinianus ergo retenta, tum teſtamenti, tum codicillorum ſolemni forma, excipit a generali regula fideicommiſſa per nuncupationem dumtaxat declarata; dummodo illorum fides habeatur per manifeſtationem illius, a quo relinquuntur. Scio, quanto ſcribendi otio abutantur forenſes Scriptores, ut hanc ſinceram Imperatoris mentem, excitatis tot futilibus quæſtionibus, detorquerent ad falſiſſima conſequentia; de quibus late egit Harprechtus (*a*); eaſque potiſſimum attingit quoque Boehmerus (*b*). Sed ne a propoſito divertamus, rectius illas examinabimus in adnotationibus, quas loco ſuo attexuimus ipſi Boehmeri diſputationi.

§. II.

An novo jure deſideretur actus ſolemnitas in codicillis?

I. QUum hactenus expoſuerimus jus novum codicillorum a Conſtantino ad Juſtinianum uſque profectum, quantum ad primum immutationis caput, quod ſpectat rectam illorum conformationem; antequam ultra progrediamur, præſtat aliquantiſper immorari in quibuſdam expendendis quæſtionibus ab interpreti-

(*a*) peculiari tractatione edita de remedio legis ultimæ C. de fideicommiſſis.
(*b*) cap. 2. ſuæ diſput. §. 5. 6. & 7.

tibus diu controverſis; quæque codicillorum formam reſpiciunt. Ac primo dubitarunt, an novo jure codicilli habendi ſint, tamquam ſolemnes inſtar teſtamenti; an potius ille teſtium numerus a Theodoſio præſcriptus probationis tantum cauſſa exigatur; qui proinde nequeat referri ad actus ſolemnitatem? Huic diſputationi occaſionem præbuit Tribonianus; quum ait (*a*): *Codicillos autem etiam plures quis facere poteſt, & NULLAM SOLEMNITATEM ORDINATIONIS DESIDERANT*. Cur, inquiunt, nullam eos exigere ſolemnitatem ait, ſi lege ſit teſtium numerus præſcriptus, itemque *teſtes uno eodemque tempore debent adhiberi*, ut loquitur Theodoſius? Ex interpretibus quidam, ut præ ceteris placuit Galvano (*b*), contendunt, Theodoſium revera haud codicillos feciſſe ſolemnes; nec legitimus teſtium numerus actus ſpectat ſolemnitatem, ſed tutiorem tantum voluntatis probationem; ideoque nec immerito Tribonianus credidit, nullam prorſus eos deſiderare ſolemnitatem. Alii contra agnoſcunt quidem in codicillis actum ſolemnem ex Theodoſio; ſed vitio vertunt Triboniano, quod immemor novi juris ex aliquo veteri Juriſconſulto ea verba tranſcripſiſſet; quam quidem ſententiam ſequuntur doctiores inſtitutionum interpretes (*c*). Vulgo demum diſtinguunt ſolemnitatem *ordinationis*, de qua loquitur Tribonianus, a ſolemnitate *probationis*; primam in codicillis negant, alteram affirmant; quo ſolemnitatis diſcrimine facto exiſtimarunt, recte conciliari Theodoſii conſtitutionem cum Triboniani ſententia; ac pro-

---

(*a*) Inſt. lib. 2. tit. ult. § ult. (*b*) De uſufructu cap. 10. num. 13. (*c*) Ita Vinnius Everardus Otto, ac Cl. Cirillus ad cit. Triboniani locum.

propterea ex Theodoſio erunt ſolemnes codicilli ſolemnitate probationis, ex Triboniano vero non ſolemnes ſolemnitate ordinationis; quaſi unus, idemque actus partim ſolemnis eſſe valeat, partim non ſolemnis, quo ſane nil ineptius; ut non immerito Vinnius rideat hujuſmodi futiles Arabum cavillationes, verborumque captiunculas (*a*).

II. Res, inquam, meo judicio nequit recte definiri, niſi primum omnium internoſcatur *ſolemnitatis* notio; prius eſt enim, ut ſtatuatur, quid in jure veniat pro actu ſolemni; tum quæremus, an actus ſolemnis in codicillis jure novo requiratur; ne aliter verborum ambagibus delectari magis videamur, quam ſolida juris doctrina. Actus ſolemnis in jure is appellatur, qui expletur ſecundum certam juris obſervationem, certo nempe ritu ſervato lege præſcripto; quem ſi neglexeris, actus ipſe pro nullo habetur, tamquam ſi res acta non eſſet. Diſtinguunt porro Juriſconſulti *recte* factum a *rite* factum, ut probe animadvertit Cujacius (*b*): *Recte* fieri dicitur; quum quid, quoquo modo expleatur, jure æque probetur; ſive quum lex nullam præſcripſerit obſervationem, qua fieri deberet, ut valeat; ſed ſatis eſt, revera id actum eſſe eo modo, quo homines naturaliter ſolent. *Rite* vero agi, ſeu fieri dicitur; quum res fiat ea legis obſervatione, quæ jure eſt conſtituta, ſive quum adhibeatur ritus ſolemnitas jure præſcripta. Hinc miles ſi teſtetur non ſervato ſolemni ritu paganis imperato, *recte* eum quidem teſtatum eſſe dixerimus, ſed non *rite*; licet hujuſmodi teſtatio jure conſiſtat; quum militibus datum ſit teſtari ſine ulla

(*a*) loco cit. (*b*) tract. 3. ad Africanum ad l. 6. de lege Cornelia de falſis.

juris obſervatione. Contra paganus ſi teſtatur non adhibita juris norma, quoniam non *rite* teſtatus eſt, nec *recte* proinde eum teſtatum appellaveris; nam quod *rite* factum non eſt, neglecta nimirum ritus ſolemnitate lege præſcripta, non jure factum dicetur. Elegantiſſime hoc exprimit Africanus his verbis (*a*): *Similiter igitur & non jure factum teſtamentum id appellatur, IN QUO, SI OMNIA RITE FACTA ESSENT, JURE FACTUM DICERETUR*. Non ergo habetur, quem jure teſtari, niſi omnem juris obſervationem ſervaverit; qua non adhibita, etſi voluntatem ſuam revera declaraverit, nihil tamen *jure egiſſe* videtur, qui *rite* eam non manifeſtavit, & ideo Africanus non *jure facto* opponit *rite factum*; nam nequit jure factum haberi, niſi & *rite* factum ſit. Similiter Ulpianus (*b*): *condemnatum*, ait, *accipere debemus eum, qui RITE condemnatus eſt, ut ſententia valeat*: quippe in judiciis quædam ritus ſolemnitas ſervatur (*c*), ita ut judex non tantum recte, ſed & *rite* ſententiam proferre debeat, adhibitis nempe juris ſolemnibus, quæ leges præſcribunt in ſententiis pronunciandis; ideoque ſubdit: *ceterum ſi aliqua ratione ſententia nullius momenti ſit* (ſi forte neglexerit vel minimam juris obſervationem) *dicendum eſt, condemnationis verbum non tenere*. Item idem Ulpianus, quum ſignificare voluit teſtamentum conditum ſervatis iis juris ſolemnibus, quæ lege ſtatuuntur, *rite perfectum* illud appellat: *Tunc autem*, inquit (*d*), *prius te-*

(*a*) l. 6. de lege Cornelia de falſis.
(*b*) l. 4. §. 6. de re judicata.
(*c*) Vide Gellium noct. att. lib. 14. c. 2.
(*d*) l. 2. de injuſto, rupto &c. teſtamento.

teſtamentum rumpitur; quum *poſterius RITE perfectum eſt*, id eſt ſecundum legis præſcripta (*a*). —

T 2 III. Quic-

(*a*) Vox *ritus*, unde *rite* ex primœva vocabuli originatione jus proprie ſignificat, ut eruditiſſimus Mazochius arbitratur diatriba 2. de ritibus ſponſaliorum; cujus integram ſententiam hic tranſcribere non gravabimur. Ita exorditur vir ſummus: *Jo: Gottl. Heineccius J. Conſ. eruditiſſimus in ſyntag. antiq. initio tituli de nuptiis gravem Triboniani accuſatorem producit Thomaſium, eo nomine, quod in titulo digeſtorum, qui de ritu nuptiarum ab eo inſcribitur, nullum Juriſconſultorum fragmentum rituale recenſens, tamen ea, quam dixi, inſcriptione uſus fuerit. Nec dubitat is quidem, quin antiquiores juris antiſtites eamdem epigraphen in ſuis ſcriptis uſurpaverint: ſed eos ſic inſcripſiſſe vult; quod ſub eo lemmate de nuptialibus caremoniis accurate agerent. Quam rubricam quando compilator iſte retinere voluit, cur non aliquod ſaltem reſponſum rituale inſeruit? Verum, ut fatear, ignorata hactenus vocabuli* Ritus etymologia, *ac notio eam invidiam Triboniano, imo & antiquioribus Juriſconſultis creavit: nam etiam apud veteres illos prudentes titulus* de ritu nuptiarum, *non mere cæremonialia, uti mihi certo perſuadeo, ſed legalia reſponſa complectebatur. Ergo* ritus *proprie non aliud, quam leges, & jura ſignificat; eaque ſignificatio, & etymologiæ, & uſui ejus vocabuli nititur ... Itaque non expectandum ab antiquis Conſultis, aut a Triboniano erat, ut ſub ea rubrica cæremonias confarreationis, coemtionis, domum ductionis, & quæ porro erant, exponerent. Quamquam vel ſi veteres juris interpretes de confarreatione, coemtione, uſu fortaſſe egerint, hæc tria illi, non tamquam cæremonias meras, ſed tamquam modos acquirendi dominii in uxorem conſiderabant. Ab etymologia ordiar,* Ritus (*ut in Tyrrhenicis dicam in diatriba 9.*) *vox eſt Etruſca, quæ & in tabula* III. *Iguvina reperitur, ubi* Rethe *idem eſt quod* Rite. *Eſt autem conſentaneum, ut Etruria, quæ rituum magiſtra ſemper eſt habita, etiam vocabulum ipſum in Latium invexerit. Ac miſeret me Voſſii* ἀ τρίβος *vocem ritus* ἐτυμολογῦντος, *quid his facias, qui quantum eſt latialis ſermonis, de Græco muſarum ingratiis auferunt? Atqui Etruſcos ab oriente pleraque ſua habuiſſe, ibidem ad nauſeam demonſtravimus. Ne plura: Hebræum* דת Dat, *& Chaldeum* דתא Deta, *jura, ac leges ſignificat. Ubicumque autem* Daleth *in vocibus orientis occurreret, eam litteram Tuſci* Rhotaciſmo *delectati in caninam litteram commutabant, aut commutare ex modo pronunciationis videbantur: de quo vide dicta in Tyrrhenicorum diatr. IV. §. 2. ubi de Ravenna, quæ olim* Cumerum *dicebatur, & in diatriba V. ad toſum Campanum. Ergo ex* Deta *fiebat* Reta, *& cum terminatione latina* Ritus. *Quæ vox proprie jura ſignificat: quia vero apud Hebræos leges aliæ ſunt cæremoniales, aliæ morales, aut judiciales, hinc apud Etruſcos, Latinoſque* Ritus *hæc omnia ſignificabat. Habes de etymologia, ac vera vocabuli notione. Nunc videndum, an ea ſignificatio cum Latinorum ſcriptorum uſu conveniat. Primum exemplum affero tituli digeſtorum* de ritu nuptiarum, *a quo tamen titulo cæremoniæ abſunt. Ad hæc Plinius XII. 8:* Ritu (*id eſt lege*) naturæ capite hominem gigni mos eſt, pedibus efferri. *Tacitus de Moſe.* Novos ritus, (*leges Moſaicas intelligit*) contrarioſque ceteris mortalibus indidit. *Sed nuſquam plura exempla, quam in ablativo* Rite *reperias (quod non eſſe adverbium, ſed auferendi caſum, oſtendit tum E breve, tum illud Statii XI. Theb.* 285: Hei mihi primitiis aratum, & rite nefaſto Libatus) *quem ablativum paſſim pro jure, ſive lege veteres formulæ accipiunt. Quare utrumque tamquam ſynonima junxit Plautus in Ciſtel.* Itaque hanc lege, & rite civem cognitam Alceſimarchus, ut nactus erat, poſſidet. *Auctor ad Heren. lib.* 1. Teſtamentum

III. Quicquid autem ad ritum explendum pertinere poterit, Conſulti *ſolemnia* appellarunt; hinc Papinianus (*a*) ait: *Teſtamentum aut non jure factum dicitur: ubi ſolemnia juris defuerunt &c.* nam idem eſt *rite*, quid fie-

---

ipſo præſente conſcribunt, teſtes rite aſſuerunt. *Quæ exempla non ad meras cæremonias ſed ad jura pertinent. Sic* rite facta *l. 6. ad l. Corneliam de falſis,* & rite facta delegatio *in l. 2. C. de novationibus. Et quod ex Tertulliano ſolet in diſceptatione hac de nuptiis injuſſu patrio factis afferri in libr 2. ad uxor.* Nam nec in terris filii ſine conſenſu parentum rite, & jure (κατὰ συνήθειαν ſcilicet) nubunt. *Ad hæc* rite contractum matrimonium, & rite contractæ nuptiæ *in l. 3. & 6. C. de interd. matrim. Et alia ſexcenta.*

Hæc vir erudititiſſimus. Sed ut ut has voces RITUS, & RITE latini Scriptores uſurpaverint, palam eſt, apud Juriſconſultos proprie acceptas pro ea juris parte, qua non tam res ipſa cavetur, quam modus, ſive obſervatio, quæ tenenda ſit, quum illa expleatur. Recte quidem; Tribonianus titulum inſcripſit non de *jure*, ſed de *ritu* nuptiarum, uti Modeſtinus quoque fecerat libro ſingulari ita inſcripto. Etenim *jus* proprie rem ipſam magis reſpicit, quam illius obſervationem; ideoque quum lex nuptias revera non conſtituat, ſed conſenſus contrahentium, licet ex conſequenti hic jure probetur, non recte tamen nuptiarum conſtitutionem juri proprie adſcripſeris. Ergo pro *ritu nuptiarum* intellexerunt prudentes, quicquid jure ſervari oporteret in nuptiis contrahendis, ſeu qua juris norma contrahi deberent, ut *jure facta* dicantur. Enim vero eodem titulo potiſſimum agitur de parentum conſenſu in nuptias filiorum familias, de perſonis, inter quas hæc conſtant, necne, & cetera hujuſmodi; ex quibus intelligitur, *ritum* in jure proprie ſignificaſſe eam legis partem, quæ rem ipſam comitatur; quo ſane ſpectat illud Africani cit. l. 6. ad legem Corneliam de falſis: *ſi omnia rite facta eſſent, jure factum diceretur.* Quin ex Plauti loco a Marochio relato (ſi tanti viri auctoritas accederet) conjicere auderem, apud latinos quoque Scriptores vocem *rite* hoc idem potiſſimum ſignificaſſe. Ait Plautus: *Itaque lege hanc, & rite civem cognitam Alceſimarchus, ut nactus erat poſſidet.* Hic ſane facile diſtingui poterit, quid *lege*, quidque *rite* veniat. *Lege* quidem Alceſimarchus uxorem duxit mulierem, quam in concubinatu habuerat; quæque & ingenua eſſet, & honeſtæ vitæ; quum corpore quæſtum non fecerit. Nam, ut ſcribit Marcianus l. 3. de concubinis, lege vetabatur, in concubinatu clam haberi ingenuam mulierem honeſtæ vitæ; *ſed*, ut inquit, *neceſſe eſt ei, vel uxorem eam habere, vel hoc recuſante ſtuprum cum ea committere.* Item Modeſtinus l. 24. de ritu nuptiarum: *In liberæ mulieris conſuetudine non concubinatus, ſed nuptiæ intelligendæ ſunt, ſi non corpore quæſtum fecerit*; ideoque hoc ſenſu *lege* Alceſimarchus eam poſſidere videbatur. Quod autem ea ingenua eſſet, *rite* cognoſci debuerat; quum tamquam projecticia, illius ſtatus proinde ignoraretur. Atqui ex crepundiis in ciſtella repertis, aliiſque indiciis ubi parentes eam agnoverunt, *rite* idcirco ait *civem cognitam*; propterea quod agnitione a parentibus facta civis, & ingenua *rite* habebatur. Itaque τὸ *lege* refertur ad juſtam mulieris poſſeſſionem, quam uſu nactus erat; τὸ *rite* ſpectat ingenuitatis ſtatum, cujus cognitio tamquam rite facta, jure facta proinde videretur; ideoque utrumque complectens ait: *Itaque lege hanc, & rite civem cognitam Alceſimarchus, ut nactus erat, poſſidet.* Neque ab hac preſſiori ſignificatione aliena ſunt cetera adducta ſcriptorum loca, ut quiſque viderit.

(*a*) l. 1. de injuſto rupto &c. teſtamento.

Digitized by Google

fieri, ac ea omnia ſolemnia ſervari, quæ lege præſcribantur; & Ulpianus (*a*) *ſolemniter actum* appellat, quod rite, ſive ſecundum legis præſcripta ſervatum ſit in ſtipulationibus contrahendis. Sic *ſolemnia accuſationis* dixerunt Modeſtinus (*b*), & Papinianus (*c*) eam juris obſervationem, quæ in judicio accuſationis adhiberi debet. Marcellus (*d*) quoque dixit *ſolemnia* quicquid in judiciis rite ſervetur, ideoque Imperatores (*e*) reſcripſerunt: *SOLEMNIBUS itaque ORDINATIS apud Præſidem Provinciæ de ſtatu veſtro cognoſcetur* (*f*). Item *ſolemnes* actiones appellabantur, quæ certis formulis erant concluſæ (*g*). *Solemnia* verba dixit etiam Hermogenianus (*h*) formulam, quæ proferri debuerat in manumiſſionibus vindicta. Et *ſolemniter denuntiare* accipit Paulus (*i*) pro juris obſervatione in denuntiationibus ſervanda; quemadmodum pro *jure ſolemni decurſo* (K) intelligit juris ſolemnia jam abſoluta (*l*). Et in ſumma quicquid non tam recte, ſed & rite agi, vel dici oportet, *ſolemniter* actum, vel prolatum in jure appellatur; ita ut ſolemnitas actus ad formam jure præſcriptam omnino referatur.

IV. His ita perſpectis de actu ſolemni, facile nunc intelligimus, quemadmodum codicilli habendi ſint, tum de jure veteri, tum novo ex Theodoſio. Etenim, ut primo capite monuimus, eo potiſſimum ex veteri jure diſtabat teſtamenti ratio a codicillis; quod voluntas per teſtamen-

(*a*) l. 30. de verborum obligationibus.
(*b*) l. 18. de accuſationibus.
(*c*) l. 11. §. 5. ad legem Juliam de adulteriis.
(*d*) l. 7. de in integrum reſtitutionibus.
(*e*) l. 11. C. de liberali cauſſa.
(*f*) Vide etiam l. 13. & 15. eodem.
(*g*) Briſſonius de verborum ſignificatione verbo *ſolemnes*.
(*h*) l. 23. de manumiſſis vindicta.
(*i*) ſentent. recept. lib. 2. tit. 13. §. 5.
(*k*) ſentent. recept. lib. 2. tit. 21. §. 5.
(*l*) Vide Schultingium ad hunc Pauli locum.

mentum declarata non aliter conſtaret, niſi adhibitis juris ſolemnibus (a): Contra quum in codicillis nullam veteres præſcripſerint juris obſervationem, nec rite eos fieri dicebantur, nec proinde haberentur ſolemnes; ac propterea ſi recte tantum fierent, jure facti viderentur. Et quamquam teſtes quoque aderant, ut oſtendimus; quum tamen illorum adhibitio probationis tantum cauſſam reſpiceret; nil enim jure cautum fuit, nec quoad teſtium numerum, nec quoad formam, qua adhiberentur, nec idcirco actus ſolemnis in codicillis deſiderabatur. At juſſis a Conſtantino primum iiſdem juris ſolemnibus in codicillis ab inteſtato, quæ propria eſſent teſtamentorum; indeque conſtituta a Theodoſio ſua peculiari forma in quibuſcumque codicillis a teſtamentis diſtincta, nemo ſanus inficiabitur, eos revera factos eſſe ſolemnes. Perſpicuum quidem eſt, Theodoſium talem in illis obſervationem caviſſe, qualis, niſi adhibeatur, prorſus inutiles fiunt; ſi ergo ex novo jure non tantum recte, ſed & rite fieri debent, ut valeant, neceſſario conſequitur, ſolemnes omnino eos effeciſſe. Sed quænam erit hæc juris obſervatio, qua neglecta, codicilli, tamquam non rite facti, jure non conſtant? Satis liquet, ex Imperatoris conſtitutione ad tria capita illam referri; ex quibus duo quidem ſatis habentur in codicillis per nuncupationem; numerus nempe quinque teſtium, eorumque adhibitio uno actus contextu; tertium, quod proprium eſt codicillorum per ſcripturam, id eſt teſtium quoque ſubſcriptio. Atque hæc ſunt ſolemnia a Theodoſio in codicillis præſcripta; quorum ſi vel unum negligatur, veluti non rite facti, ſtatim con-

(a) cit. l. 1. de injuſto rupto &c. teſtamento.

concidunt. Vel ergo ex libris juris tollenda Theodoſiana obſervatio; vel ſi eam retineas, neceſſe eſt, ſolemnia in codicillis omnino fateri.

V. Nunc tandem licet varias interpretum ſententias perpendere; atque ut a Galvano ordiar, cui placuit ſolemnia in codicillis negare, admittens tantum certum teſtium numerum tutioris probationis cauſſa: Is profecto confundit cauſſam, ob quam Theodoſius teſtium numerum definivit cum ipſa legis obſervatione. Quis non videt, numerum quinque teſtium, aliaque præſcripta non alia de cauſſa Imperatorem caviſſe, niſi ut ita voluntatis veritati conſuleretur? Conſtantinus quidem quum contulit codicillos ab inteſtato ad eadem teſtamentorum ſolemnia, ideo hoc ſtatuiſſe fatetur; quod, ut inquit (a), *ſic fiet, ut teſtantium ſucceſſiones, ſine aliqua captione ſerventur*; an idcirco conficies, ſolemnia in illis non deſiderari? Quinimmo ideo ſunt ſolemnes; quia, ut tutior fieret eorum probatio, certa norma conſtituta eſt, quæ actum ſolemnem effecit. Deinde diſtinguenda eſt ipſa juris obſervatio a tutiori probatione, quæ cauſſam dedit conſtitutioni; hæc enim haberi etiam poſſet pauciori teſtium numero, quam quinque; at ſi quatuor fortaſſe adhibeas, forſitan codicilli jure conſtabunt? Quid ergo eſt, quod niſi conſtitutionis præſcripta rite ſerventur, actus ipſe pro nullo habebitur, licet alioqui de codicillorum fide ſatis conſtiterit? Nimirum ea eſt ſolemnis actus natura; ut vel ſi quid minimum declinetur ab obſervatione lege definita, continuo actus corruit, nec jus illum tuetur; nam ubi ſolemnia non impleveris, in legem offendes; atque tamquam non

(a) l. 1. C. Theod. de teſtam, & codicill.

non jure factus, nec jure conſiſtit. Plurium ergo teſtium numerus tutiorem quidem reddit probationem voluntatis; qua de cauſſa lex nedum numerum præſcripſit, ſed & modum, quo teſtes adhibeantur; attamen ipſa legis norma cauſſa eſt, ut actus ſolemnis reddatur; quemadmodum probatio voluntatis in teſtamentis quoque haberi poſſet pauciori numero teſtium, quam ſeptem; at prorſus deliraveris, ſi certum illorum numerum, non ad ſolemnia referas, ſed ad cauſſam tantum tutioris probationis. Hinc Paulus (a) definitum teſtium numerum in teſtamentis *ſolemnem* appellat: *& ſi plures*, ait, *fuerint teſtes adhibiti*, *ſufficit SOLEMNEM NUMERUM exaudire*. Cur *ſolemnem* vocat? Quia eſt jure definitus; ita ut, ſi minus, quam ſeptem lex exegiſſet, ut Theodoſius fecit in codicillis, quiſquis ille fuerit numerus, ſolemnis æque appellatur, dummodo certus ſit jure præſcriptus. Quare quoad non tollas neceſſariam juris obſervationem, numquam ſolemnia ſuſtuleris in codicillis; niſi in contradicentia aperte impingas.

VI. Inſuaves porro videntur, qui ideo veriti ſunt in codicillis ſolemnia agnoſcere, quod pauciores, quam in teſtamentis teſtes deſiderentur; vel quia etiam non rogati admittantur; quaſi ſolemnitatis notio cadere nequeat in illos actus, in quibus ſtatuitur minus religioſa juris obſervatio. Hoc quidem tantum reſpicit majora, vel minora ſolemnia; attamen utcumque ritus ſtatuatur, numquam ſolemnia tolles; licet ritus ſolemnior præſcribatur in uno, quam in altero actu. Atque ne aliunde rationes petantur, nonne & in ipſis teſtamentis religioſior ritus ha-

(a) l. 21. principio qui teſtamenta facere poſſunt.

habebatur ex jure veteri, quam novo; quando præſertim poſt Conſtantinum, ac Theodoſium Juſtinianus quoque ſuperſtitioſiora ſuſtulit (*a*)? Forſitan haud ſolemnia hodie feceris teſtamenta, propterea quod eorum obſervatio ſimplicior facta ſit? Neminem latet, teſtamentum per mancipationem religioſiorem ſane fuiſſe teſtamenti forma de jure Prætorio; ſed uterque teſtandi modus ſolemnis habebatur, licet unus altero eſſet ſolemnior. Itaque quod pauciores ſint teſtes in codicillis, quam in teſtamentis, perperam conjiciunt, ſolemnia ad teſtamenta quidem, non item ad codicillos pertinere; major enim, vel minor juris obſervatio actum ſolemnem peræque conſtituit, licet inter ſe ſe unus altero ſolemnior dicatur; ideoque dum ſolemniora dixeris teſtamenta, ſolemnes quoque codicillos fatearis oportet. Ceterum, ut ſupra oſtendimus, numerus quinque teſtium in codicillis deſcendit ab illo teſtium numero, qui adhibebatur antiquitus in teſtamentis per mancipationem; quum enim Theodoſii ætate hic teſtandi modus in deſuetudinem abiret, Imperator ſolemnia diſtinguens in teſtamento, ac in codicillis, illi quidem tamquam ſolemniori conſtituit numerum ſeptem teſtium, ex jure Prætorio proficiſcentem; his vero quinque teſtes accommodavit, cujus numerus juri civili reſpondet; & ita ex utraque veteri teſtandi forma, quantum ad teſtium adhibitionem, unam ad teſtamenta, alteram ad codicillos retulit.

VII. Sed demonſtrata codicillorum ſolemnitate ex Theodoſio, quonam pacto occurretur Triboniani ſenten-

(*a*) Vide quæ de teſtamentorum forma habentur, tum ex Cod. Theod. tum Juſtinianeo tit. de teſtamentis.

Digitized by Google

tiæ, qua dicitur *nullam ſolemnitatem ordinationis* eos deſiderare? (*a*). Theophilus (*b*) quidem ſolemnitatem ordinationis intelligit ordinem ſcripturæ adhibitum in teſtamentis, non autem in codicillis: nam legata, ceteraque relicta in teſtamentis haud conſtabant, ſi ſcriberentur ante heredis inſtitutionem (*c*); quod tamen Juſtinianus demum antiquavit (*d*). Sed vereor, ne Tribonianus revera hoc intellexerit; quum alioqui in ipſis inſtitutionibus referat, eam quidem ſuperſtitionem abrogatam (*e*). Deinde quorſum pertinet hic ſcripturæ ordo in codicillis, in quibus hereditas dari nequit, niſi per fideicommiſſum? Plane vulgus interpretum, ut innuimus futilem illam diſtinctionem induxit inter ſolemnitatem *ordinationis*, ac *probationis* (*f*). Sed nolim morari hujuſmodi verborum ambagibus, ſatiſque vidimus, quiſnam ſit in jure actus ſolemnis, ut, quid porro intelligant pro *ſolemnitate ordinationis*, prorſus non videam; niſi Theophili ſequantur interpretationem de ſcripturæ ordine, quam numquam admiſerim; Theophilus namque ut offendit in illa Triboniani verba, quum non videret, quo ſpectare poſſent, ſatius habuit ea referre ad ordinem ſcripturæ. Quid ergo de Triboniano ſentiendum? Unum reſtat, ut cum doctis viris dicamus, eum oſcitanter ea verba in inſtitutionibus inſeruiſſe, deſcripta ab aliquo veteri Juriſconſulto, Marciano fortaſſe, cujus ſunt verba antecedentia, quando codicilli nullam revera juris obſervationem deſiderabant. Quod ſi verearis hoc de Triboniano ſuſpicari, utrum-

(*a*) Inſt. loco cit.
(*b*) Inſt. lib. 2. tit. ult. §. 3.
(c) Ulpianus tit. 24. §. 15.
(*d*) l. 34. C. de teſtamentis, & inſt. l. 2. tit. 20. §. 34.
(*e*) Inſt. l. 2. tit. 20. §. 34.
(*f*) Vide Harprechtum inſt. l. 2. tit. ult. num. 19. & ſeq.

utrumvis facere neceſſe eſt; vel enim negaveris oportet, ſolemnem actum in codicillis, ut fecit Galvanus, tumque irrues in falſiſſimam codicillorum doctrinam expreſſo juri contrariam, nedum ex Theodoſio, ſed ab ipſomet Juſtiniano apertiſſime comprobatam (*a*); vel neceſſario offendes in contradicentia, verborumque involucra.

§. III.

Qui teſtes jure novo in codicillis admittantur.

I. ALtera diſputatio, quæ conſequitur ex nova codicillorum conformatione, ſpectat teſtium conditionem, quinam ſcilicet idonei teſtes in codicillis habeantur. In teſtamentis quidem nota res eſt, in numerum teſtium recipi generaliter non poſſe eos, cum quibus teſtamenti factio non ſit; item nec mulier, nec impubes, nec ſervus, nec furioſus, nec mutus, nec ſurdus, nec is, cui bonis eſt interdictum, nec denique improbi, ac inteſtabiles, ut docet Juſtinianus (*a*). At in codicillis nullo juris loco id expreſſe cavetur; ut nil mirum ſi dubitandi occaſionem hoc interpretibus præbuerit. Ac ſane quicumque nedum in teſtamentis, ſed in ceteris negociis jus teſtimonii dicendi non habet, nec proinde codicillis recte adhibebitur; cujus enim teſtimonium legibus non admittitur, palam eſt nec idoneum teſtem haberi poſſe in codicillis. Quæſtio ergo vertitur quoad feminarum perſonas; quippe quæ licet a teſtamentis arceantur; recte tamen teſtimonium perhibent in ceteris cauſ-

 ſis

(*a*) l. 2. §. 1. C. de teſtamentis. (*b*) Inſt. lib. 2. tit. 10. §. 6.

ſis (*a*); ideoque dubitarunt interpretes, an ſi non in teſtamentis, in codicillis ſaltem jure admitti valeant? Lis ſane adhuc eſt ſub Judice; quum in utramque partem Scriptores abiverint; licet fortaſſe potior illorum numerus affirmare crediderit, eo potiſſimum rationis momento; quod nullibi hoc vetitum habeatur (*b*), ac propterea quod in teſtamentis cautum eſt, nequit trahi ad codicillos. Sed, ni fallor, hujuſmodi diſputatio pendet ab altera de ſolemnitate codicillorum; ſi enim ſpectes jus vetus, jam monuimus, nulla de cauſſa feminas arceri potuiſſe a teſtimonii dictione; ſed, ubi ſolemnes eos feceris ex Theodoſii conſtitutione, neceſſario conſequitur, pari ratione eas uti in teſtamentis, ita & in codicillis non eſſe teſtes idoneos.

II. Atque miſſis iis, quæ prorſus extranea ſunt, nec diſputationis nodum preſſius attingunt, unum hic conſiderandum putaverim, ut recte poſſit quæſtio definiri; quod profecto petendum eſt ex tradita codicillorum hiſtoria. Porro, ut a Conſtantini lege ordiamur, palam eſt, teſtium numerum, vel ſeptem, vel quinque, ab hoc Imperatore conſtitutum in codicillis ab inteſtato, ad maſculos tantum pertinere, non item ad feminas. Etenim quum quantum ad juris obſervationes hujuſmodi codicillos æquaſſet teſtamentis; ridiculum eſſet dubitare, an per Conſtantinum liceret, eas feminas in illis admitti, quæ in teſtamentis reſpuebantur; ut enim parem fecit utriuſque cauſſam quoad juris ſolemnia, manifeſtiſſime apparet, eam-

(*a*) l. 18. de teſtibus, & l. 20. §. 6. qui teſtamenta facere poſſunt.
(*b*) Vide Harprechtum inſt. ſub tit. de codicillis, & Vinnium inſt. l. 2. tit. 25. ad §. ult. n. 3.

eamdem prorſus teſtium conditionem ſervatam in teſtamentis, ac in codicillis ab inteſtato, quum eadem ſolemnia in utriſque præſcripſerit: ſive ergo conficerentur Prætorio jure ſeptem teſtibus adhibitis, ſive quinque de jure civili; perſpicuum eſt, feminas omnino repulſas a codicillis ab inteſtato æque ac a teſtamentis. Hinc vides, quemadmodum ex prima juris immutatione quoad ſolemnia in certi generis codicillis admiſſa, ea teſtium conditio ſervata ſit, quæ ſponte ſua actum ſolemnem conſequitur; & quamquam Conſtantinus nullam hic habuerit mentionem de teſtium conditione, ſatis tamen id declaraſſe videtur, quum teſtamentorum ſolemnia perduxit ad codicillos ab inteſtato. Poſt Conſtantinum vero Theodoſius, cui placuit ſolemnia quoque ſtatuere ceteris codicillis, non ſecus a Conſtantini lege variavit, quam ut unam faceret juris obſervationem omnibus codicillis communem; atque quum ejus ætate exoleviſſet teſtandi modus per mancipationem, ſatius putavit ſeptem teſtium numerum ex jure Prætorio teſtamentis adſcribere, quinque vero ex jure civili codicillis, ut quodammodo eos à teſtamentis diſtingueret. Hæc, inquam, nova Theodoſii conſtitutio utcumque variaverit a Conſtantini lege, quantum ad diſtinctum teſtium numerum in utroque teſtationis genere, non tamen receſſiſſe ab illa videtur, quoad teſtium conditionem, ubi nedum retinuit ſolemnitatem actus, ſed eam protraxit ad cujuſvis generis codicillos. Saltem hoc expreſſiſſet Theodoſius, ſi quoad teſtium conditionem recedere exiſtimaſſet a jure jam recepto ex Conſtantino. Quippe ex Theodoſii conſtitutione ſatis liquet, quid in codicillis immutare intellexerit, quidque retinere quoad eorum ſolem-

lem-

lemnia. Ait quidem, in quavis ſuprema voluntate tum ſcripta, tum nuncupata, *excepto teſtamento*, quinque teſtes adeſſe debere; qui tamen vel non rogati recte admittantur: Jam habes ſolemnium differentiam inter teſtamenta, & codicillos, tum quoad teſtium numerum, tum quoad teſtes non rogatos. At nullum verbum de teſtium conditione in hujuſmodi teſtationis genere; & alioqui magis intererat definire, quemadmodum diſcriminarentur codicilli a teſtamentis quoad teſtium perſonas, quam ut non rogati etiam admitterentur. Quid ergo expreſſit, quod minus eſſet, reticuitque, quod magis referret? Vel, ſi nil prætermiſit, quod ſpectaret diſtincta utriuſque voluntatis ſolemnia, cur tacuit differentiam quoad teſtium conditionem, ſi revera quoad hanc partem quoque ea differre intellexiſſet?

III. Vulgo reſpondent; Cuique teſtimonium non vetatur perhibere, niſi expreſſo jure repellatur (a); eadem ergo de cauſſa, qua feminæ non admittuntur in teſtamentis, quod expreſſo jure iis teſtimonium interdicitur, arceri nequeunt a codicillis, in quibus adeſſe non prohibentur; ideoque quod de teſtamentis dicitur, pari ratione nequit produci ad codicillos. Recte hoc quidem inſpecto veteri codicillorum jure; quo juris ſolemnia non exigebantur in hujuſmodi ſuprema voluntate. Sed perperam argumentantur, quum ad jus novum hoc etiam referant. Etenim vera eſt juris regula, ut idoneus teſtis is habeatur, qui jure a teſtimonio non repellitur; ſed falſo aſſerunt, hoc eodem juris principio feminas non repelli a codicillis; nam jure expreſſo cautum eſt, eas non admitti in

(a) l. 1. §. 1. de teſtibus.

in *ſolemnibus* defunctorum voluntatibus. Atque ideo jure veteri a teſtamentis dumtaxat repellebantur, non item a codicillis; quia non his, ſed illis tantummodo ſolemnia adhiberentur; recteque hic animadvertit Vinnius (*a*), haud eſſe veriſimile, ut jure Romano actus ſolemnes expediri potuerint mulierum teſtimoniis, ut patet in ceteris actibus legitimis. Itaque quum aperto jure haud admittatur earum teſtimonium in *ſolemnibus* teſtationibus, falſa proferunt, quum contendunt, eas non repelli a codicillis expreſſo jure; utcumque enim hoc cautum non habeatur verbis expreſſis, ſatis tamen Imperatores hoc idem declararunt, quum codicillos ſolemnes effecerunt teſtamentorum inſtar; quo nomine comprehendi videbatur, quicquid ad *ſolemnes* teſtationes pertineret. Theodoſius ergo, cui in mentem venit minora juris ſolemnia præſcribere in codicillis, quam in teſtamentis, id tantum cavit, ſive id expreſſit, quod eorum diſcrimen proprie ſpectaret; ideoque ex Imperatoris mente communis factus eſt ritus quoad non expreſſa; quoad expreſſa vero peculiaris; nam quæ ſancire voluit, ut a ſolemnibus teſtamentorum diſtinguerentur, expreſſit; quæ vero communia eſſent, prætermiſit; ne repeteret in codicillis, quod cautum jam erat de ſuprema ſolemni voluntate.

IV. Scio, Heineccium (*b*), qui contrariam tuetur ſententiam, magnopere conari, ut everteret hujus argumentationis fundamentum. Ait quidem, codicillos ante Conſtantinum ſolemnes prorſus non fuiſſe; ubi vero per Conſtantinum primum in codicillis ab inteſtato, ac Theodo-

(*a*) Inſt. lib. 2. tit. 25. ad §. ult. n. 3. (*b*) in notis ad citatum Vinnii locum.

doſium generaliter teſtium numerus præſcriptus eſt, hoc non ſecus intelligendum videri, quam ut teſtium numerum admiſerint Imperatores probationis cauſſa, non autem ſolemnitatis. Sed jam ſupra demonſtravimus, in quem errorem inciderint interpretes, quum in ſupremis præſertim legis juſſa quoad tutiorem voluntatis probationem avellere crediderunt a ſolemnitatis notione; fruſtraque hic putaverim eadem recoquere, ut futili Heineccii collectioni ſatisfiat. Unum tantum addam, me prorſus non intelligere, quemadmodum ex Conſtantino idem teſtium numerus teſtamentis æque, ac codicillis ab inteſtato præſcriptus, teſtamentis quidem ſerviret ſolemnitatis cauſſa, codicillis vero probationis dumtaxat. Pace tanti viri verborum hæc ſunt tricæ, non rerum diſcrimina. Ceterum quicquid Scriptores hactenus elaborarint, ut genuina Imperatorum mente ſubverſa feminarum teſtimonium in codicillis admitteretur, uſus tamen hoc numquam probavit; noſtriſque moribus contrarium omnino obtinuit.

§. IV.

Jus novum quantum ad varia codicillorum genera antiquitus recepta.

I. Vidimus hactenus, quæ fuerit novi juris introductio, quoad ſolemnem codicillorum formam, quidque inde manaverit; præſtat modo, ut alterum immutationis caput perſpiciamus quoad varios codicillorum modos apud veteres admiſſos, quibus prudentes ſuum cuique jus tribuerant, ut longius ſuperiori capite percurrimus. Quatuor ſane codicillorum genera prodidit Paulus (a), ut

(a) cit. l. 8. de jure codicillorum.

Digitized by Google

ut vidimus: nimirum vel confirmatos teſtamento in præteritum, vel in futurum, vel non confirmatos; vel denique factos ab inteſtato. Sed quoniam juris ratio in confirmandis teſtamento codicillis ſpectaverat legitimam *legatorum* dationem a *fideicommiſſorum* cauſſa diverſam; factum eſt propterea, ut tamdiu ſtaret juris diſcrimen inter codicillos confirmatos, ac non confirmatos, quamdiu conſtitit differentia inter civilia, & precativa verba, ſive inter legata, ac fideicommiſſa. Verum, ut hoc plenius cognoſcatur, præſtat rem aliquanto altius perſpicere.

II. Neminem latet, quemadmodum jure veteri differrent legata a fideicommiſſis, quantaque differentia inter ſe ſe diſtarent; ſive ſpectes tot varios legandi modos, peculiareſque formulas, verborumque ſolemnia, quibus conciperentur, ſive tot diverſos juris effectus, ſive denique varias actiones (*a*). Primo quidem Senatuſconſulto Neroniano, ut Ulpianus tradit (*b*), temperari quodammodo cœpit nimia formularum ſuperſtitio in legatis; ita tamen, ut quod minus conceptis verbis legaretur, perinde conſtare poſſet, ac ſi datum fuerit *per damnationem*; qui legandi modus remiſſius ceteris habebatur (*c*). Etenim cautum fuit, ne ſi quid in formulis peccatum eſſet, legata conciderent, ſed haberentur, tamquam ſi fuiſſent *per damnationem* relicta. Utcumque autem S. C. quodammodo remiſerat nimium legis rigorem, quantum ad varia legatorum genera; ſtetit nihilominus conſtantiſſimus formularum uſus ad Conſtantinum uſque, quando demum antiquari cœperunt. Primus ergo Conſtantinus, ſive Conſtantius, & Conſtans ejus filii, ſive

(*a*) Vide Ulpianum tit. 24. de legatis, & tit. 25. de fideicommiſſis. Item Cajum inſt. lib. 2. tit. 7. §. 8.

(*b*) cit. tit. 24. de legatis §. 11.

(*c*) Schultingius Juriſprud. vetus ante Juſtin. in relatum Ulpiani locum.

ſive utrique, ut varie eruditi opinantur (*a*), ſimplicitatem potius ſequuti, quam formularum ſuperſtitiones, generaliter eas ſuſtulerunt, tum in judiciis (*b*), tum in heredis inſtitutione (*c*), tum denique in legatis (*d*); in quibus cautum eſt, ne amplius eorum vis penderet ex ſolemni verborum formula: *In legatis*, inquit Imperator, *vel fideicommiſſis neceſſaria non ſit verborum obſervantia; ut nihil prorſus interſit, quis talem voluntatem verborum uſus exceperit, aut quis loquendi uſus effuderit*.

III. Verum abrogata Conſtantini ævo formularum ſuperſtitione in legatorum datione adhuc perdurabat vetus verborum diſcrimen inter civilia, ac precativa, ſive *vulgaria* verba (*e*), quum adhuc perſtaret juris differentia inter legata, & fideicommiſſa (*f*). Et quamquam in hereditatis, uti & in legatorum datione iidem Imperatores ſtatuerunt (*g*), ut relicta omnino valerent quibuſcumque verbis conciperentur, ſive imperativis, ſive precativis; id tamen eo tantum ſpectabat, ut relicta omnino valerent, ea tamen juris ratione, qua ſtare poterant. Conſtabat quidem heredis inſtitutio, vel non ſolemni formula ſervata, vel non adhibitis verbis civilibus, quum ſatis habuerint ipſam teſtatoris voluntatem quoquo modo declaratam; attamen haud ſuſtulerunt diverſos juris effectus in directa hereditatis datione, ac fideicommiſſaria. Similiter in legatis eatenus antiquarunt verborum ſcrupuloſitates, ut non amplius inu-

(*a*) Vide quæ in hanc rem ſcite meditatur Cl. Cirillus Comment. ad inſt. lib. 2. tit. 20. ad §. 2.

(*b*) l. . C. de formulis.

(*c*) l. 15. C. de teſtamentis.

(*d*) l. 21. C. de legatis.

(e) Precativa verba vulgaria appellat Licinius Rufinus in l. 6. de fideicommiſſariis libertatibus.

(*f*) Vide Giphanium in inſt. lib. 2. tit. 20. ad §. 2. & 3. Janum a Coſta, & Cirillum eodem inſt. loco.

(*g*) cit. l. 15. C. de teſtamentis, & cit. l. 2. C. de legatis.

inutilia fierent relicta ob non ſervatum formularum, verborumque rigorem; ſed manſit ea verborum differentia, quorum poteſtate legata a fideicommiſſis diſtinguerentur, quoad diverſos juris effectus. His porro ita perductis ad Juſtiniani ætatem, tandem hujus Imperatoris conſilio res eo pervenit, ut imperativus quoque relinquendi modus cum precativo prorſus confunderetur. Etenim Juſtinianus demum cavit (*a*), ut nec amplius civilia verba a vulgaribus diſtinguerentur, ac proinde nec legata a fideicommiſſis; atque exæquata utriuſque natura quoad omnes juris effectus, penitus ſuſtulit tot Prudentum myſteria inter hujuſmodi relictorum genera; ita ut una prorſus utriuſque componeretur juris ratio, tum quoad vim relictorum, tum quoad actiones. Atque, ut inquit (*b*) *& ſi ſpecialiter legati tantum faciat teſtator mentionem, hoc & legatum, & fideicommiſſum intelligatur; & ſi fidei heredis, vel legatarii aliquid committatur, hoc & legatum eſſe videatur. Nos enim non verbis, ſed ipſis rebus leges imponimus* (*c*).

IV. Præmiſſa hac juris hiſtoria de novo jure in legatis æque, ac fideicommiſſis, rectius modo cognoſcemus, quidnam ex facta illorum exæquatione in codicillos permeaſſet; ſive quemadmodum hæc nova juris norma quoad relictorum rationem longe a veteri diverſa effecerit, ut codicillorum quoque jus de veteri obſervatione diſcederet. Jam latius primo capite expoſuimus, qua de cauſſa antiquitus legari non permittebatur, niſi verbis imperativis, & civilibus, atque in ſolemnibus tabulis: tum vidimus, quo pacto legata admitti cœperunt in codicillis dumtaxat teſtamento

 con-

(*a*) l. 1. & 2. C. communia de legatis. (*b*) cit. l. 2. C. communia de legatis &c.
(*c*) Vide Cujacium in C. tit. communia de legatis &c.

confirmatis, ea nempe obducta juris fictione, ut quod illis ſcriberetur, haberi poſſet, tamquam ſi teſtamento ipſo datum eſſet; ceteroqui ſi teſtamento non confirmabantur, non ſecus relicta valerent, quam per precativa verba, ſive per fideicommiſſum expreſſa. Conjecimus demum, quæ conſequentia fluxerant ex illo confirmationis principio; nimirum quod quum ſcripta in codicillis confirmatis haberentur perinde, ac ſi ſcripta eſſent teſtamento, ſpectari proinde deberet tempus non tam codicillorum, quam ipſius teſtamenti, ſaltem in illis, quæ juris eſſent, non facti; dummodo vel æquitatis ratio aliud non ſuaderet, vel non obſtaret aliud juris principium. Uno verbo, in legatis codicillis relictis juris civilis normam ſequi oportebat, utcumque fictionibus tectam Juriſconſultorum; in fideicommiſſis vero ſola defuncti voluntas ſpectabatur; tantumque datum eſt codicillis per fideicommiſſum factis, quantum ipſa fideicommiſſorum ratio latiſſime extra juris rigorem ſpatiaretur (*a*).

V. Ex hac veteris juris doctrina de legatis, ac fideicommiſſis, atque de codicillis, in quibus ea relinquebantur, deſcendit primo, ut quamquam Conſtantini ætate exoleverint formularum ſuperſtitiones in legatis; quum tamen adhuc perſtaret juris diſcrimen inter legata,& fide icommiſſa,quod exprimebatur vario illo verborum uſu,civilium nempe, ac vulgarium,ſteterunt propterea duo illi diſtincti codicillorum modi, eorum nempe, qui eſſent teſtamento confirmati, aut non confirmati. Etenim perſtante adhuc ea verborum diſtantia, qua diverſa haberetur juris ratio con-

(*a*) Vide quæ diximus cap. 1. §. 10.

conſtituta in legatis, ac fideicommiſſis, neceſſario etiam perdurabat vetus differentia inter codicillos confirmatos, ac non confirmatos; quippe quæ conſequebatur ex varia illorum relictorum natura; qua retenta, manſit quoque codicillus confirmatus a non confirmato diſtinctus; ut in primo legata, in altero fideicommiſſa conſiſterent. At ubi tandem Juſtinianus penitus ſuſtulit omne juris diſcrimen, quod vetus juriſprudentia adoptaverat in legatis, ac fideicommiſſis, variamque illam verborum differentiam; quemadmodum & hujuſmodi relictorum cauſſas in unam tranſtulit, eamdemque juris rationem; ita & utrumque codicilli genus, confirmati, ſcilicet, ac non confirmati ſub una juris norma neceſſario coaluit. Etenim quæ novi juris conſtitutio induxit, ut nullo prorſus diſcrimine conſiderarentur legata, ac fideicommiſſa, neceſſario efficere debuit, ut nec amplius inter ſe ſe diſtarent codicilli confirmati, ac non confirmati; quum receſſiſſet ea juris ratio, quæ ante Juſtinianum eos diſtinguebat.

VI. Ac quidem, ut jam late expoſuimus, ratio, qua veteres conſtituerant differentiam inter codicillos confirmatos, ac non confirmatos, eo tantum ſpectabat; ut quum ex legis rigore non permitteretur codicillis expreſſa *legatorum* datio, veluti tabulis non ſolemnibus, nec proinde lege comprobatis, inventa juris fictione, qua ob illorum confirmationem in *teſtamento* legata perinde videri poterant, ac ſi teſtamento ipſo data eſſent, hujuſmodi fictionis colore offuſo Prudentibus viſum eſt, in legem minime offendi, ſi *legata* admitterent quidem in codicillis, ſed confirmatis teſtamento, dum fideicommiſſa, tamquam non lege, ſed moribus profecta ſine ulla fictione probarent, etiam in non confir-

firmatis; quum nulla in his obſtaret legis obſervatio. Ergo dum valuit apud Romanos propria *legati* religio diſtincta a fideicommiſſorum ſimplicitate, ſtetit ex conſequenti codicillus confirmatus a non confirmato diverſus; ut ita diverſo juris principio, & fideicommiſſorum, & legatorum datio in codicillis ſuſtentaretur. Permanſit quidem vel per Conſtantinum eadem juris norma abrogata formularum ſuperſtitione in legatis, quum adhuc manſiſſet varium jus de utraque relicti cauſſa. Sed Juſtiniano demum auctore adducto verborum rigore ad nudam naturæ ſimplicitatem, quemadmodum quoad omnes juris effectus legata non amplius diſtarunt a fideicommiſſis; ita receſſit vetus juris ratio de confirmandis, necne codicillis; quum enim hodie idem prorſus ſit legare, ac fideicommittere, non amplius refert, utrum codicilli teſtamento confirmentur; nam & ratio una ceſſavit, qua antea confirmari debuerant, ut legata conſtitiſſent. Quare uti per Juſtinianum una convenere legata cum fideicommiſſis, ita communis facta eſt codicillorum cauſſa, ſive eſſent, ſive non eſſent teſtamento confirmati (*a*).

VII. Hinc animadvertere licet, quod Tribonianus in inſtitutionibus prætermiſſa ea codicillorum diviſione, quam Paulus protulit, quæque jus vetus proprie ſpectabat, alteram iniit, veluti novo juri magis accommodatam: atque ex quatuor illis codicillorum modis, duos generaliter Tribonianus agnoſcit; vel nempe ad teſtamentum pertinentium, vel eorum, qui fiunt ab inteſtato: *Non tantum*, in-

(*a*) Vide Cujacium in tit. digeſtorum de annuis legatis &c. ad l. 18. & in pa ratitlis ad lib. 6. codicis tit. communia de legatis, & fideicommiſſis.

inquit (a), *teſtamento facto poteſt quis codicillos facere; ſed & inteſtatus quis decedens fideicommittere codicillis poteſt*. Itaque ſub una juris regula complectitur quoſvis codicillos ad teſtamentum factos, haud diſtinguens confirmatos a non confirmatis, quum revera non amplius ex Juſtiniano inter ſe ſe differrent. Neque dixeris, Tribonianum non ſecus omiſiſſe diligentiorem codicillorum diviſionem, quam ut brevitati inſtitutionum conſuleret; quaſi ſatis habuiſſet maximam tantum attingere de pertinentibus ad teſtamentum, ac de confectis ab inteſtato. Etenim non video, cur vel in inſtitutionibus negligeret ea codicillorum genera, quorum diverſum jus tam late patet apud Conſultos, quæque ſummopere intererat diſcriminare ob tam variam juris doctrinam, natam ex Prudentum interpretatione, ut ex illorum ſcriptis intelligiitur. Quinimmo vel in ipſa Pandectarum collectione non deprehenduntur, niſi mutila quædam juris dogmata, quæ codicillorum confirmationem ſpectabant; quum enim novo jure concidiſſet vetus juris differentia de legatis, ac fideicommiſſis, conſulto Tribonianus prætermiſit quoque, quod potiſſimum pertineret ad doctrinam de codicillis confirmatis; ut quodammodo veterum ſententias componeret cum novo jure Imperatorum. Apertius hoc demonſtratur ex inſtituta quæſtione in inſtitutionibus de codicillis anterioribus, ac poſterioribus teſtamento. Hic quidem etſi ſermo habeatur de illorum confirmatione vel expreſſa, vel tacita; tamen haud de ea confirmatione intelligit, quæ ſecundum juris civilis rationem fieri debuerat, ut legata in illis relicta jure conſiſterent; ſed de illa

(a) Inſt. lib. 2. tit. ult. §. 1.

la voluntatis ratihabitione, de qua conſtare oportet, ut codicilli anteriores teſtamento non revocati intelligantur, teſtamento poſtea ſequuto; qua de re jam late egimus (a). Excitavit quidem Tribonianus tractationem de ea codicillorum confirmatione, quam exigere vibebantur ii codicilli, qui fierent ante teſtamentum; hæc enim quum ad voluntatis quæſtionem referatur, adhuc novo jure locum habet, ut ſuo loco monebimus. Sed reticuit alteram confirmationis ſpeciem, quæ non tam voluntatis, quam juris rationem reſpicit. Quo manifeſtiſſime apparet, id tantum attigiſſe, quod ad jus novum conduceret, prætermiſſis iis, quæ jam conciderant ex ſublata differentia inter legata, ac fideicommiſſa.

VIII. Præterea perſpicuum eſt, poſt Juſtinianum nullam amplius haberi mentionem de codicillis teſtamento confirmatis, vel non confirmatis. Ac ſane in nova juris collectione in Oriente poſtmodum habita, quæ Baſilicorum libris continetur; quæque compoſita eſt ex præcipua Pandectarum, ac codicis Juſtinianei juriſprudentia, nulla proſtant veſtigia hujuſmodi codicillorum differentiæ. Atque ubi Græci compoſitores tractationem inſtituunt de codicillis (b), quam hauſerunt tum ex Pandectarum titulo *de jure codicillorum*, tum ex titulo Codicis Juſtinianei *de codicillis*, brevi quidem attingunt, quicquid potiſſimum ad codicillorum doctrinam pertinet, præter ea, quæ ſpectabant jus confirmationis. Hinc vides tranſcriptas eas veterum Conſultorum ſententias, quæ generaliter referri poterant ad doctrinam codicillorum ad teſtamentum pertinentium, neglectis iis, quæ proprie codicillos confirmatos

(a) Vide quæ diximus cap. 1. §. ult. (b) Baſilic. lib. 36. tit. de codicillis.

tos reſpicerent, juriſque regulas inde profectas. Ut cetera taceam, ſatis eſt animadvertere, præteriiſſe quidem præ aliis integram ſententiam Legis VII. *de jure codicillorum*, quam ſane unicam in Pandectis deprehendes, ubi expreſſe agatur de confirmationis jure in codicillis. Item quum Paulus quærit in Lege VIII. §. III. an valeant *legata* ſcripta in codicillis teſtamento quidem confirmatis, ſed confectis tempore, quo teſtator adrogandum ſe præbuerat, qui tandem emancipatus deceſſerit; & ideo valere reſpondit, quod manente teſtati cauſſa ex jure Prætorio, ſatis erat, codicillos confirmatos haberi tempore, quo teſtamenti factionem habebat, licet ſcripti ſint tempore adrogationis, quum in codicillis confirmatis tempus magis teſtamenti, quam codicillorum ſpectetur (*a*); In Baſilicis refertur quidem Pauli ſpecies, prætermiſſis iis, quæ ad confirmationis regulas preſſius pertinerent; quum Græcus interpres inutile putaverit afferre, quod novo jure jam abrogatum videretur (*b*).

IX. Hæc porro Græcorum juris collectio non tam ipſa Prudentum verba reddidit, quam eas tantum ſententias, quæ commiſſæ cum novis Imperatorum conſtitutionibus unum veluti, ſibique conſentaneum juris corpus componere valerent. Quo factum, ut neglectis iis, quæ vel abrogata, vel moribus obſoleta videbantur, receptiorem juris doctrinam expreſſerit; ideoque ſublata per Juſtinianum differentia legatorum, ac fideicommiſſorum, indeque exciſa juris civilis ratione in confirmandis codicil-

(*a*) Vide quæ diximus cap. 1. §. 10. *n.* 10.

(*b*) Ita habetur in Baſilic. lib. 36. tit. 1. de codicillis: *Paulus l.* 8. §. 3: *Qui teſtamento codicillos confirmat, ſi quum adrogandum ſe præbuiſſet, id fecerit; ac poſtea emancipatus deceſſerit: quod actum eſt, valet; nam & teſtamentum valet.*

cillis, ſupervacaneum viſum eſt Græcis interpretibus in ſuos juris libros referre, quod jam receſſerat a veterum inſtitutis. Plane, quantum ex integra ea juris collectione perſpicere licuit, uno tantum loco deprehendi, ſermonem haberi de codicillis teſtamento confirmatis, qui tamen noſtrum magis videtur comprobare judicium. Dubitant adhuc interpretes, num jure Juſtinianeo ita generaliter communis facta ſit legatorum ratio cum fideicommiſſis, ut nulla penitus ſuperſit ſpecies, qua differre valeant. Donellus (*a*), ac Duarenus (*b*) præ ceteris affirmant, potiſſimum in ſpecie relictæ libertatis; ſi enim teſtator directam ſervo libertatem dederit, tum is manet libertus orcinus; ſin per fideicommiſſum, fit libertus ejus, a quo manumittitur; quod etiam monet ipſe Juſtinianus in inſtitutionibus (*c*). Etenim utcumque Imperator communem penitus fecerit cauſſam legatorum, ac fideicommiſſorum; nihilominus quoad dationem libertatis, non tam lege diſtingui videtur directa libertas a relicta per fideicommiſſum, quam teſtatoris voluntate; qui enim manumiſſionem alterius fidei committit, eidem reliquiſſe creditur jus patronatus; quum contra in libertate directa, ſtatim liber evadit morte teſtatoris (*d*); ideoque ex communi fere interpretum ſententia vel hodie differt datio libertatis directæ a fideicommiſſaria (*e*). Quod autem di-

(*a*) comment. juris civilis lib. 8. cap. 2.

(*b*) ad l. 1. de legatis 1.

(*c*) lib. 2. tit. 22. ſ. 2.

(*d*) l. 23. & 25. de manumiſſis teſtamento.

(*e*) Contrariam ſententiam propugnat Galvanus de uſufructu cap. 4 n. 2. ridetque Donellum, quod libertatem directam legato dari fateatur; atque, ut contendit, diverſa ſunt legata a libertate directe relicta; ac proinde nil hæc commune habeat cum legatis. Sed rem nimis operoſam aggrederer: nec viderim, cur directæ libertatis datio a legatorum ratione differat contra expreſſam Pauli ſententiam in l. 8. de verborum ſignif. *In generali repetitione legatorum*

diſcrimen vel poſt Juſtiniani legem noſtri notarunt in directa, ac fideicommiſſaria libertate, agnoverunt etiam Græci interpretes; qui ſane ubi animadverterunt, in manumiſſionibus adhuc perſtare differentiam inter libertates directas, ac fideicommiſſarias, adoptarunt quidem in hac peculiari ſpecie veterem juris regulam de codicillis confirmatis, ac non confirmatis; nimirum ut libertas directa, tamquam verbis civilibus concepta recte dari poſſet codicillis confirmatis; fideicommiſſaria vero non confirmatis; quod quidem acceperunt a Modeſtino, quum ait (a): *Libertates directæ & teſtamento, & codicillis teſtamento confirmatis recte dantur. Fideicommiſſæ & ab inteſtato, & codicillis non confirmatis relinqui poſſunt*. Itaque Græcorum juriſprudentia uſque eo communes fecit codicillos confirmatos cum non confirmatis, quoad agnovit exæquationem in legatis, & fideicommiſſis, ex quorum diverſa indole proceſſerat ea diſtincta codicillorum ratio; At ubi in manumiſſionibus ſervorum ex voluntate ſaltem defuncti admiſit differentiam inter directam, & fideicommiſſam libertatem, haud dubitavit in hac peculiari ſpecie repetere vetus juris principium de codicillorum confirmatione; quod ſane diſtincta illa relictorum genera conſequebatur. Quare ſive ſpectemus intimam juris poteſtatem veteri jure conſtitutam in codicillis confirmatis, ac-

etiam data libertates continentur ex mente legis duodecim tabularum. Provocat quidem ad l. 12c. eodem tit. ſed vereor, ne hac ipſa lege magis arguatur. Ut ut ſit de hujuſmodi vocabuli potius, quam rei quæſtione, quo jure inquam vertitur teſtatori, ne ex manumiſſione per fideicommiſſum præſtanda, acquiratur jus patronatus ei, a quo libertatem dari juſſit? Num per l. 2. C. communia de legatis hoc etiam caviſſe Juſtinianum credendum eſt? Si ita ſentit, videat, ne dicatur, Imperatorem defunctorum judicia potius pervertiſſe, quam ut exæquaret legata, ac fideicommiſſa.

(a) l. 43. de manumiſſis teſtamento.

ac non confirmatis, neceſſario dicendum eſt, hanc prorſus novo jure concidiſſe una cum ſublata differentia inter legata, ac fideicommiſſa: ſive animadvertatur illorum uſus poſt Juſtiniani legem de communi legatorum, ac fideicommiſſorum natura, palam eſt, tum ex codicillorum diviſione a Triboniano admiſſa in inſtitutionibus, tum ex juris collectione in Oriente facta, locum amplius non fuiſſe duobus illis diverſis codicillorum modis; quippe qui revera receſſerant una cum illa varia reliquendi ratione a veteri juriſprudentia inducta, novoque jure abrogata.

X. Ex hactenus dictis intelligimus quoque, jure novo una cum confirmationis jure concidiſſe & cetera conſequentia ab eodem principio profecta; quæque ex veteri jure ſuperiori capite expreſſimus (*a*). Duæ quidem, ut vidimus, juris regulæ inde manarant, quarum unam altera conſequitur: prima eſt, ut *ſcripta codicillis confirmatis perinde haberentur, ac ſi ſcripta eſſent teſtamento*; altera, ut *quoad relicta in illis tempus teſtamenti ſpectaretur, non codicillorum*, ſaltem in iis, quæ juris, non facti eſſent, vel quum aliter æquitatis ratio non ſuaſerit. Recte hæc quidem veteres poſuerunt in codicillis confirmatis; quum enim non niſi per fictionem juris valerent religioſam legatorum dationem codicillis concedere, quæ alioqui ex legis rigore in *ſolemnibus* tantum teſtamenti tabulis admitti debuerat; neceſſario factum eſt, ut *legata* in codicillis ſcripta, perinde haberi deberent, ac ſi ſcripta eſſent in ipſo teſtamento, quo confirmatio fieret; cujus proinde tempus ſpectari quoque oporteret, ut ita fictionis ſpeciem, quo-

(*a*) Vide quæ diximus cap. 1. §. 10.

Digitized by Google

quoad poſſent, diſſimularent, quaſi teſtamento data viderentur, quæ revera relinquebantur codicillis. Quum autem jure novo nedum codicillis quoque ſolemnia tributa ſint, ſed omnino receſſerit religioſa juris obſervatio in legatorum datione, evanuit idcirco, quicquid veteri illo juris principio adhærebat. Atque quid amplius opus eſt fictionibus, quum legare, ac fideicommittere una communi lege regantur? Quicquid enim ex uno fonte derivaverat, eo arefacto deficere neceſſe eſt. Ac profecto quæ juris ratio dictaverat, ut ſcripta in codicillis confirmatis perinde haberentur, ac ſi ſcripta eſſent teſtamento, ideoque relicti cauſſa referretur ad tempus teſtamenti; eadem adducta utriuſque codicilli natura, confirmati ſcilicet, ac non confirmati, in eamdem juris poteſtatem, hodie efficit, ut locus amplius non ſit illi codicillorum doctrinæ, quæ ex peculiari confirmationis jure proficiſcebatur. Ridiculum enim eſſet ſublato principio conſequentia retinere, vel confirmationis leges adhuc ſervari, quum novo jure, ſive codicilli confirmentur, ſive contra, relicta in illis æquo jure conſiderentur.

XI. At inquies, numquid hodie vetatur teſtatoribus, ut ſi malint, codicillos in teſtamentis confirment? Atque ſi hoc lege non improbatur, cur & hodie non liceat confirmatos diſtinguere a non confirmatis? Cur, ſi teſtator teſtamento caverit: *quos codicillos feci, aut fecero, valere volo*, haberi nequit, quin relicta in illis ex teſtamento valeant ad differentiam alterius codicilli, qui non ſit teſtamento comprobatus? At diſtinguere oportet juris poteſtatem a teſtatoris lege, ſeu voluntate; non enim diſputamus, an poſt Juſtinianum valeant, necne

co-

codicilli confirmari teſtamento; quum compertum ſit, id omnino pendere ex teſtatoris arbitrio, quod nemo ſanus contenderit. Sed utcumque teſtamento codicilli comprobentur, numquam ſervabunt eas juris regulas, quas vetus juriſprudentia in illis induxerat, ſive illam juris poteſtatem, quæ deſcenderat a varia legatorum, ac fideicommiſſorum datione; quum enim hæc novo jure ceſſaverit, evanuit propterea vetus illorum doctrina; atque tantum juris hodie obtinent codicilli confirmati, quantum non confirmati, quemadmodum tantum valent legata, quantum fideicommiſſa. Teſtator igitur, ſi teſtamento eos confirmaverit, conſtantem quidem voluntatis ſuæ ſignificationem oſtendet, non ſecus ac ſi non teſtamento, ſed aliis codicillis eos comprobaverit. Atque ſi ante conditum teſtamentum ſcripſerit codicillos, quos deinde teſtamento confirmet, vel alia noviſſima ſcriptura, utilis quidem fiet confirmatio ad comprobandam retentam illorum voluntatem, ut late diximus, quum egimus de codicillis anterioribus teſtamento (*a*). Quod ergo ſpectat tutiorem voluntatis manifeſtationem, recte quidem codicilli confirmabuntur; ſed ſi contenderis, quod relicta in illis ex teſtamento valeant, vel quod teſtamenti tempus ſequi oporteat, dabis quidem hujuſmodi codicillis, quod jure novo omnino receſſit.

§. Ulti-

(*a*) Vide quæ diximus cap. 1. §. ult.

Digitized by Google

§. Ultimus.

De committenda veteri cum nova codicillorum doctrina.

I. QUæ hactenus expoſuimus de univerſa codicillorum doctrina tum veteri, tum nova, ſatis demonſtrant, quo revera ſpectaverint veterum ſententiæ, quæ proſtant in Pandectarum libris; ac quemadmodum committendæ ſint cum novis Imperatorum decretis; ne aliter, ut vulgus ſolet, utriuſque juris ratione perturbata, dum legum ſententiis abutimur, nec nobiſmetipſis conſtare videamur. Vidimus quidem omnem novi juris doctrinam, ad duo ſumma capita referri: unum, quod ſolemnem ſpectat codicillorum ritum: alterum, quo in unam conſonantiam perducta eſt vetus juris differentia de codicillis confirmatis, ac non confirmatis teſtamento. Quod ad primum attinet, ex apertiſſima Theodoſii conſtitutione (*a*) ſatis intelleximus, quinam ille ſit, quo differat a teſtamentorum ſolemnibus, quove conveniat (*b*); quod ubi teneatur, facile animadvertimus, qua mente accipi debeant veterum ſententiæ, in quibus codicilli conſiderantur ſine juris ſolemnibus. Quæ autem profecta ſunt ex vario juris principio, falſo ad jus noſtrum convertes, niſi caute ea tantum carpſeris, quæ ſine novi juris offenſione commode valeas retinere; quod tamen facile is viderit, qui veterem ſimul, ac novam codicillorum formam complectatur.

II. Hinc

(*a*) l. ult. §. ult. C. de codicillis. (*b*) Vide quæ diximus §. 1.

II. Hinc deſcendit, ut quæ veterum proſtant Conſultorum ſententiæ de codicillis, aut epiſtolis, non ſecus retinendæ videantur, ac converſæ in novam codicillorum conformationem. Ex. gr. habetur ex Papiniano (a), quod ſi teſtamentum recte factum rumpatur poſtea per adrogationem teſtatoris exinde ſequutam, nequeat quidem reconvaleſcere ex jure Prætorio; niſi is tandem *ſui juris effectus, codicillis, aut aliis litteris eodem teſtamento ſe mori velle declaraverit*. Palam eſt, hic per *codicillos*, ſive per *litteras* intelligendam ſupremam illam voluntatis ſententiam quinque teſtium præſentia ſolemniter declaratam. Etenim utcumque Papinianus revera ſenſerit de voluntate non ſolemni ſecundum veteris juris obſervationem; quum tamen jure novo codicilli etiam ſolemnia acceperint, inutilis prorſus hodie ſit quævis ſuprema voluntas præter teſtamentum non ſolemniter peracta. Caute quoque interpretaberis Ulpiani locum; quum ait (b): *Non ſolum autem legata, ſed & fideicommiſſa adimi poſſunt; & quidem NUDA VOLUNTATE*. Datio quidem, vel ademtio legatorum recte fit, vel teſtamento, vel codicillis: quarum tabularum licet una altera ſit ſolemnior; ambæ tamen juris ſolemnia omnino deſiderant. Sed quid Ulpianus ait: *NUDA VOLUNTATE?* Nimirum quia jure veteri quum codicilli conſtarent ſine ſolemnibus, recte proinde vel *nuda voluntate* legata poterant vel dari, vel adimi: quod tamen hodie non obtinet.

III. Opportune hic ſe offert quidam diſputationis locus inter Pragmaticos tam perturbate tractatus de revocandis

nem

(a) l. 11. §. 2. de bonorum poſſeſſionibus ſecundum tabulas.
(b) l. 3. §. 11. de adimendis, vel transferendis legatis, vel fideicommiſſis.

nempe teſtamentorum tabulis per poſteriores codicillos: quemadmodum ſcilicet hoc liceat admitti, quibuſque juris ſolemnibus. Refert hic principio diſtinguere duo quæſtionis capita, quæ ſæpe vulgo ita confunduntur, ut non tam rerum, quam verborum magis excitentur controverſiæ. Unum eſt, ſi quæratur, quidnam teſtator per codicillos immutare valeat ex voluntate in teſtamento prius declarata. Alterum, num per codicillos poſteriores rumpi omnino valeat prius conditum teſtamentum; ita ut defuncti ſucceſſio non ex teſtamento, ſed ex codicillis prorſus habeatur.

IV. Si primum quærant, eo loco, quo jus codicillorum a teſtamentis diſcriminavimus, plenius expoſuimus (*a*), quid codicillis liceat, quid teſtamentis, quo inter ſe ſe diſtinguantur, quove conveniant; adeo ut ne actum agere videamur, præſtat iterum non repeti, quod alibi opportunius commonſtravimus. Hoc tantum addam, ex apertiſſima juris regula perſpicuum eſt, *codicillis nec dari, nec adimi poſſe hereditatem, niſi per fideicommiſſum*, attamen proſtat inſignis quidam juris locus, quo etſi regula quidem retinetur, ſubeſt tamen hac de re peculiaris facti ſpecies, quæ ſane expoſitione indigere videtur, ne facile a regula aberremus. Etenim interdum contingit, ut hereditas data teſtamento, codicillis deinde recte adimatur; ita tamen, ut ea in alium non transferatur; ſive adimitur quidem ei, cui teſtator dederat teſtamento, licet nequeat ad alium tranſmitti. Extat hanc in rem reſcriptum Imperatoris Alexandri, qui ita inquit (*b*):

 He-

(*a*) Vide quæ diximus cap. 1. §. 2.
(*b*) l. 4. C, de his, quibus, ut indignis &c.

Hereditas in teſtamento data per epiſtolam, vel codicillis adimi non poteſt. QUIA TAMEN TESTATRIX VOLUNTATEM SUAM, NON MERERI UNUM EX HEREDIBUS DECLARAVERAT, MERITO EJUS PORTIO NON JURE AD ALIUM TRANSLATA, FISCO VENDICATA EST. Libertates autem in eadem epiſtola datæ peti poterunt. Fingit Imperator, quem in teſtamento duos heredes inſtituiſſe; tum in codicillis, ſive epiſtola declaraſſe, unum quidem ex heredibus inſtitutis indignum hereditatis, ad cujus partem alium proinde vocavit: Quærebatur, an portio hereditatis indigno ademta, in alium transferri valeret; an magis ad Fiſcum pertineret? Et a Fiſco vindicandam reſpondit, veluti indigno relictam. Sed qui fiet, ut hereditas codicillis adimatur, quum aperto jure id vetitum appareat? Reſpondet Connanus (*a*), tum proprie quid adimi videri, quum dum ei tollitur, cui prius datum erat, alteri transfertur: Nec alio ſpectare juris regulam, codicillis nempe adimi non poſſe hereditatem; niſi quod nequeat heres in illis inſtitui. Vel quum alicui hereditas adimitur, ea tamen ad alium non tranſmittitur, ut non ademta, ſed quaſi numquam data videatur. At rectius exiſtimaverim, hoc ideo eſſe, quia ea hereditatis portio non tam a teſtatore adimitur, quam lege indigno aufertur. Declarat quidem teſtator, eum hereditatem non mereri, ſed quum indigni *jure* ab hereditate arceantur, non videtur ea ablata a teſtatore, ſed a lege; ideoque a Fiſco vendicatur. Plane non prohibetur quidem teſtato

(*a*) comment. juris civilis lib. 9. cap. 7. n. 3.

tori alium heredem ſufficere in locum indigni; ſed quum in ſpecie Imperatori propoſita id factum diceretur in *codicillis*, non in poſteriori fortaſſe teſtamento, recte Imperator reſcripſit, eam hereditatis partem ad Fiſcum omnino pertinere, quum nequeat transferri in alium, quem teſtator in teſtamento non nominaverat; propterea quod hereditas codicillis adimi non poteſt, licet *libertates*, ut ait, *in eadem epiſtola datæ peti poterunt*, utpote quæ nihil obſtat, quin codicillis relinquantur.

V. Sed veniamus ad alterum quæſtionis caput, quum nempe Pragmatici quærunt, an umquam fiet, ut per poſteriores codicillos prius teſtamentum rumpatur. Quicquid temere ſcriptitaverint, certiſſimi juris eſt, numquam rumpi poſſe anterius teſtamentum per poſteriores codicillos, qui teſtamenti pars, atque ſequela habentur (*a*); ſive, quod idem eſt, per codicillos *ad teſtamentum factos*. Quippe datio hereditatis non codicillis, ſed teſtamento tantum conſtat (*b*); ideoque idem eſſet revocari teſtamenta per codicillos, ac penitus confundi, perturbarique utriuſque teſtationis naturam. Deinde quonam pacto hujuſmodi codicilli ruperint illud teſtamentum, ex quo ita vires ſuas capiunt, ut aliter conſtare nequeant? Quid porro parti tribues, ſi totum ſubvertatur? Hæc ſane quoad codicillos *ad teſtamentum pertinentes*; de confectis vero ſine teſtamento res aliter ſe habet. Hi quidem, ut monuimus, longe diſtinguuntur a ceteris codicillis; etenim quum inſtitutionem heredis legitimi complectantur, ſuiſque viribus conſiſtant, vicem proinde teſtamenti exhibent, ut

 Con-

(*a*) l. 1. & 2. de injuſto rupto, irrito facto teſtamento.
(*b*) Vide quæ diximus cap. 1. §. 2.

Conſulti loquuntur, illiuſque naturam omnino imitantur. Quum ergo non habeantur, tamquam teſtamenti ſequela, quin & teſtamentum ipſum exprimant, nulla juris ratio obſtat, quominus teſtamenta prius facta rumpere non valeant; etenim ſi prius teſtamentum rumpitur per poſterius, nulla cauſſa eſt cur idem non dicatur de iis codicillis, qui vice teſtamenti habentur. Et alioqui quum in his ſucceſſio deferatur heredibus legitimis, quid obſtat, ut teſtator diſcedens a priori voluntate in teſtamento ſcripta, decedere malit cum codicillis dumtaxat ab inteſtato? Aperte hoc Ulpianus expreſſit, quum inquit (*a*): *Tunc autem prius teſtamentum rumpitur, quum poſterius rite perfectum eſt; niſi forte poſterius, vel jure militari ſit factum; vel IN EO SCRIPTUS EST, QUI AB INTESTATO VENIRE POTEST; tunc enim ET POSTERIORE NON PERFECTO SUPERIUS RUMPITUR*. Per poſterius teſtamentum *non perfectum* intelligit hic Ulpianus eam ſupremam voluntatem, cui ſolemnia deſint; quæque proinde ex jure veteri ad *codicillos* referebatur (*b*). Ergo recte rumpitur prius teſtamentum per codicillos ab inteſtato, ſeu per poſterius teſtamentum *non perfectum*, ut ait Ulpianus, in quo ſcriptus ſit heres, *qui ab inteſtato venire poteſt*. Itaque quum Pragmatici tanta verborum inſolentia quærunt, an poſterioribus codicillis rumpi valeat teſtamentum antea factum, ſtatim quæſtioni occurretur, ſi diſtinguant codicillos ab inteſtato a ceteris, qui ad teſtamentum fiunt; in illis quidem licet, quum ſuis viribus hæreant, vicemque exhibeant teſtamenti; in his non

(*a*) cit. l. 2. de injuſto, rupto, irrito facto teſtamento.

(*b*) Vide Cuiacium ad cit. l. 2. de injuſto rupto &c. teſtamento; & Connanum comment. juris civilis l. 7. cap. 8. n. 6.

non item :quippe qui, tamquam teſtamenti partes, atque ſequela, nuſquam ſine illo conſtabunt.

VI. Quod ſi quærant, utrum in hujuſmodi codicillis ab inteſtato, quibus rumpatur prius teſtamentum, exigantur quoque juris ſolemnia a Theodoſio, præſcripta, id eſt ſolemnis numerus quinque teſtium, nemo eſt, qui dubitaverit, niſi jus, quo utimur, penitus ignoret. Et quamquam ex relata Ulpiani ſententia id non habeatur, quum Conſultus loquutus ſit ſecundum veteris juris normam; attamen ſi nolint hoc repetere a generali Theodoſii conſtitutione de nova codicillorum forma omnibus codicillis communi (*a*), audiant eumdem Imperatorem, quum loquens de codicillis ab inteſtato, quibus rumpatur prius teſtamentum, hoc idem expreſſe cavit his verbis (*b*): *Si quis autem teſtamento jure perfecto, poſtea ad aliud venerit teſtamentum, non alias quod antea factum eſt, infirmari decernimus, quam ſi id, quod ſecundo facere teſtator inſtituit, jure fuerit conſummatum. Niſi forte in priore teſtamento ſcriptis bis, qui ab inteſtato ad teſtatoris hereditatem, vel ſucceſſionem venire non poterant, in ſecunda voluntate teſtator eos ſcribere inſtituit, qui ab inteſtato ad ejus hereditatem vocantur; eo enim caſu licet imperfecta videatur ſcriptura poſterior*, (vel Theodoſius imperfectam ſcripturam appellat, cui deſint teſtamenti ſolemnia, ut vidimus ex Ulpiano) *infirmato priore teſtamento, ſecundam ejus voluntatem, non quaſi teſtamentum, ſed quaſi voluntatem ultimam inteſtati valere ſancimus. IN QUA VOLUNTATE QUINQUE TESTIUM JURATORUM DEPOSITIONES SUFFICIUNT; QUO NON*

(*a*) cit. l. ult. §. ult. C. de codicillis (*b*) l. 21. §. 3. C. de teſtamentis.

Digitized by Google

NON FACTO, VALEBIT PRIMUM TESTAMENTUM, *licet in eo ſcripti videantur extranei.*

VII. Hæc hactenus animadvertiſſe ſufficiat de committenda veteri cum nova codicillorum doctrina quantum ad primum immutationis caput. Quod autem alterum ſpectat, de ſublata nempe juris differentia inter codicillos confirmatos, ac non confirmatos teſtamento, cautius interpretaberis veterum Conſultorum ſententias; præſertim quod ea vetus doctrina nata ex fraudulento Prudentum conſilio in transferendis,fictionis præſidio,verbis civilibus ad codicillos, quod ſane legis rigori obſtabat; occultiorem proinde effecit eam codicillorum rationem, qua illud juris myſterium obducebatur. Acceſſit quod Tribonianus in Pandectarum collectione, dum illam ſubtrahere ſtuduit, ut novo juri quodammodo non opponeretur, eraſit fortaſſe, quæ conducerent ad rectam veteris juris intelligentiam, novique magis manifeſtaſſet principia. Attamen perſpectis jam ſinceris veterum ſententiis de codicillis confirmatis; ac non confirmatis, diſtinctiſque variis cujuſque codicilli regulis, ſtatim deprehendimus, nihil earum prorſus pertinere ad jus novum. Hinc quæ veterum ſuperſunt fragmenta de peculiari jure in codicillis confirmatis, veluti ſuppreſſa novis Imperatorum conſtitutionibus, nequeunt transferri ad novam illorum indolem, niſi in contradicentia impingamus. Quo ſane ſpectat conſectaria diſputatio, quam abſoluto commentario de veteri, ac novo jure codicillorum, examinandam modo ſuſcipiemus adverſus Boehmerum, ejuſque fautores. Profecto quiſque viderit, quemadmodum ex ignoratione,

ſive

ſive confuſione magis novæ cum veteri doctrina in ea abſurda offenderint, quæ tam aliena ſunt a jure, quo utimur, ut hoc deſtruere omnino videantur.

VIII. Ex hoc autem immutationis capite non levis hic excitari poteſt dubitandi locus de jure codicillorum, qui fiant ante teſtamentum; an ſcilicet doctrina, quam expoſuimus de hujuſmodi codicillis (*a*) conveniat, necne cum jure novo de exæquatione legatorum cum fideicommiſſis; ſive quid hodie juris ſit inter codicillos anteriores, ac poſteriores teſtamento? Jam late vidimus (*b*), quid hac de re arbitrari liceret, ſtante veteri diſcrimine legatorum a fideicommiſſis, tum ex Papiniani ſententia in Pandectis tranſcripta, tum ex reſcripto Imperatorum Severi, & Antonini a Triboniano in inſtitutionibus relato; atque inter tot interpretum diſſidia manum quoque admovimus, quo componeretur Papiniani ſententia cum reſcripto Imperatorum, itemque Triboniani judicio. Sed præſtat hoc loco conſiderare, quemadmodum ea doctrina de codicillis factis ante teſtamentum accommodari valeat novo juri de exæquata legatorum ratione cum fideicommiſſis; quum varia illorum cauſſa diverſum quidem jus effecerit in hujuſmodi codicillis; adeo ut, quum hodie hoc diſcrimen ceſſaverit, non immerito exquirendum videatur, quid porro ſtatuendum ſit ſecundum normam novi juris.

IX. Sed ex iis, quæ antea monuimus, facile apparebit hujus quæſtionis definitio. Dum ſtetit diſcrimen inter legata, & fideicommiſſa, ſi legata ſcriberentur, codicilli confirmari debuerant *teſtamento*, ſive ante, ſive poſt

(*a*) Vide quæ diximus cap. 1. §. ult. (*b*) loco cit.

poſt teſtamentum fierent; ſin fideicommiſſa, in anterioribus exigebatur quidem retentæ voluntatis probatio in quavis noviſſima ſcriptura declarata, non item in poſterioribus, ea nempe de cauſſa, quam diſcimus, tum a Papiniano, tum a reſcripto Severi, & Antonini; quod quum agatur de voluntatis quæſtione, opus eſt aliqua recenti voluntatis ſignificatione, ſive expreſſa, ſive tacita, qua conſtet, teſtatorem priores codicillos retinere voluiſſe. Ergo antiquata differentia inter legata, & fideicommiſſa, etſi una concidiſſet jus confirmationis in *teſtamento*, qua legata vim ſuam caperent, permanſit tamen illa juris ratio de voluntatis probatione, qua appareret retenta defuncti voluntas in anterioribus codicillis expreſſa; ideoque ut ut exoleverit jus confirmationis quantum ad legata, certe ſtare debuit, quod tantum ſpectaret voluntatis quæſtionem. Quare ex duobus diverſis juris principiis, unum, quod referebatur ad relicta verbis directis, alterum, quod reſpexit quæſtionem voluntatis, ubi primum ceſſavit in conſequentiam exæquationis legatorum cum fideicommiſſis, nulla cauſſa eſt, cur alterum permanere non debuerit, tamquam ex vario fonte derivatum. Hoc præmiſſo neceſſario conſequitur, vel hodie diſtare codicillos anteriores a poſterioribus, quantum ad voluntatis cauſſam; ſi enim conficiantur poſt teſtamentum, nihil deſiderabunt; nam veluti ſponte ſua partem quidem facient illius; ſin ante, tum intercedat oportet recens animi ſignificatio ſaltem tacita, qua probetur, teſtatorem eos revera retinuiſſe; aliter tamquam revocati cenſebuntur teſtamento poſtea ſequuto; ideoque ex revocata defuncti voluntate nullo jure conſtare poterunt.

Scio,

Scio, non paucos interpretes contrarium tradere; quum ſatis habeant, voluntatem in codicillis anterioribus expreſſam non eſſe poſteriore teſtamento revocatam. Sed, ut oſtendimus (*a*), id ideo factum, quod crediderunt, Imperatores Severum, & Antoninum revera quid diverſum reſcripſiſſe a Papiniani ſententia, quod numquam admiſerim, ut loco ſuo longius demonſtratum eſt (*b*).

(*a*) cit. cap. 1. §. ult. (*b*) Vide quæ diximus loco cit.

Digitized by Google

DISPUTATIO CONSECTARIA

De ſolemni quinque teſtium numero in codicillis vel teſtamento confirmatis adverſus JUSTUM HENNINGUM BOEHMERUM.

I. QUoniam, ut alias innuimus, nil magis periculoſum eſt in jure Romano interpretando, quam legum ſententias Pandectarum libris relatas conferre cum poſterioribus Principum conſtitutionibus; non ſemper enim comperies unam eamdemque vocem utraſque redolere: hinc factum, ut Pragmatici præſertim, quibus datum eſt omnia perturbate tractare, vel non ſatis intelligentes intima veterum Juriſconſultorum oracula, vel minime diſtinguentes veterem a nova juriſprudentia, quin legum exprimant poteſtatem, eas magis pervertant; atque ſæpiſſime fit, ut quum utriuſque juris rationem conciliare ſtudeant, diverſum quoddam jus componant, non modo alienum a veterum ſententiis, ſed ignotum ipſiſmet Imperatoribus. Huic malo quidem præter Scriptorum imperitiam in Romani juris hiſtoria, occaſionem quodammodo præbuit ipſamet Juſtinianea juris collectio. Et

Digitized by Google

Etenim quamquam Juſtinianus curaverit, Pandectarum codicem ita confici, ut nil in eo inſertum, vel antiquatum appareret, vel cum novo jure pugnaret (*a*); hoc tamen revera Tribonianus non præſtitit; nec tam brevi temporis intervallo, quo Pandectæ compoſitæ ſunt, præſtari poterat; quin haud crediderim, hoc unquam Tribonianum fore aſſequuturum, niſi veterum ſententias in aliam prorſus formam vertiſſet. Atque jam pridem docti viri animadverterunt, quot falſa juris dogmata in vulgus manaverint ex falſa illa opinione in foro potiſſimum recepta, quod unum, idemque jus perpetuo exprimat Codex Juſtinianeus, ac Pandectarum.

II. Conſtat autem ex Theodoſii lege, ut vidimus, non ſecus valere quamcumque ſupremam voluntatem præter teſtamentum, quam ſolemni adhibitione quinque teſtium. At quis crederet, contra hanc expreſſam novi juris conſtitutionem, Boehmerum præſertim haud veritum eſſe diſſertationem peculiarem inſtituere *de codicillis ſine teſtibus validis*, idque probare contendiſſe veterum Conſultorum ſententiis? Arbitratur quidem, conſtitutionem non reſpicere codicillos teſtamento confirmatos. Sed quid ineptius, quam ad jus novum referre veterem doctrinam de codicillis confirmatis, quum hæc jam exoleverit una cum differentia inter legata, ac fideicommiſſa? Verum, ut huic manifeſtiſſimo errori plenius occurratur, rem omnem ordine ſuo præſtabimus.

 §. I. Sum-

(*a*) Ita inquit Juſtinianus epiſtola ad Tribonianum de conceptione digeſtorum §. 10. *Sed & ſi quæ leges in veteribus libris poſitæ jam in deſuetudinem abierunt, nullo modo vobis eaſdem ponere permittimus.*

§. I.

Summa diſputationis exponitur.

I. QUum Boehmerus vidiſſet, codicillos ex Pandeꝺarum libris nullam prorſus ſolemnem teſtium præſentiam deſideraſſe, quam quidem veteres teſtamentorum tantum tabulis adſcripſerant; contra vero in Codice Juſtinianeo præſcribi ſolemnem quinque teſtium numerum ex Theodoſii conſtitutione (a), haud a jure alienum putavit, ſi, quantum res ferret, novam Theodoſii legem ad veteris juris normam quodammodo transferret. Expreſſerat quidem generaliter Theodoſius quinque teſtium præſentiam in quavis ſuprema voluntate teſtamento excepto; ita enim inquit (b): *IN OMNI AUTEM ULTIMA VOLUNTATE, excepto teſtamento quinque teſtes vel rogati, vel qui fortuito venerint, in uno, eodemque tempore debent adhiberi, ſive in ſcriptis, ſive ſine ſcriptis voluntas conficiatur*: At quum non aliam codicillorum fecerit mentionem, niſi de confectis vel per ſcripturam, vel per nuncupationem, credidit Boehmerus, hoc ſatis eſſe ad legis poteſtatem extenuandam; ita ut nil fortaſſe proponi contra Imperatoris mentem videretur, ſi certum codicillorum genus exciperet a generali lege de quinque teſtium præſentia. Hinc accepto veteri codicillorum diſcrimine inter teſtamento confirmatos, ac non confirmatos, quoniam de confirmatis teſtamento proſtat in

(a) in L. ult. §. ult. C. de codicillis. (b) loc. cit.

in Pandectis quædam peculiaris juris regula a non confirmatis longe diverſa, nimirum ut ſcripta in illis perinde haberentur, ac ſi ſcripta eſſent in ipſo teſtamento; opportune exiſtimavit, rem ita componi poſſe, ut Theodoſii præſcriptum reſpiceret codicillos tantum teſtamento *non confirmatos*, non item *confirmatos*; hi enim quum ex veterum Conſultorum doctrina ex teſtamento valere dicantur, nil referre credidit, utrum Theodoſiano ritu, nec ne conficiantur; quum alioqui ipſa teſtamenti ſolemnia ad codicillos quoque *confirmatos* transferri valeant, perinde ac relicta in hujuſmodi codicillis in ipſo ſolemni teſtamento ſcripta eſſent.

II. Hoc ſpecioſum juris commentum nolim profecto uni Boehmero adſcribere; is enim utcumque dilatare illud ſtuduerit peculiari diſputatione; nihilominus præcipua rerum capita mutuatus eſt ex quorumdam interpretum ſcriptis, quibus primo in mentem venit hoc novum juris principium offundere; haud animadvertentes, quo revera ſpectaret ea vetus codicillorum doctrina, quæ nullo pacto poterat cum novo jure convenire. Ac ſane inter eruditiores neminem deprehendi hujus ſententiæ fautorem, præter unum Hugonem Donellum (*a*), cujus doctrinam amplexus eſt quoque Vinnius (*b*), ut ſolet; quamquam Oſualdus Hilligerus haud diſſimulaverit Donelli errorem notare (*c*). Ex ſchola vero forenſi Bartolus primo hoc idem in ſcenam adduxit (*d*), mutata tamen ſermonis proprietate; ſcribit enim jure conſtare ſcripturam, ſive *ſchedulam* ſine ſolemni teſtium nu-

(*a*) Comment. juris civil. lib. 7. c. 19. n. 10. & 20.

(*b*) Inſt. lib. 2. tit. ult. §. ult.

(*c*) Ad Donellum enucleatum l. 7. c. 19.

(*d*) in l. ſi ita ſcripſero de cond. & demonſtr.

numero, ad quam teſtator in teſtamento ſe retulerit; puta ſi teſtamento declaraſſet, ſe præſtare velle, quicquid codicillis, ſive ſchedulis reliquiſſet: quod ſane nil aliud eſt, niſi codicillos teſtamento confirmari. Utcumque autem Bartolus ſchedulam non ſolemnem teſtamento confirmatam approbarit, intellexit tamen de ſcriptura manu teſtatoris exaratam; ita ut ex literarum comparatione, aliiſque argumentis, ut arbitratur, certa habeatur ſcripturæ fides. Sed Paulus Caſtrenſis (*a*) non dubitavit Bartoli doctrinam protrahere etiam ad ſchedulas aliena manu conſcriptas. Res tandem in Pragmaticorum vulgus pervenit, quorum ingens turba, ut moris eſt, undique fluctuare viſa eſt. Quidam cæco impetu in Bartoli, ac Caſtrenſis doctrinam jurarunt; cum quibus mirum quidem eſt, Antonium Fabrum communionem feciſſe (*b*). Alii, recentiores præſertim, haud veriti ſunt Bartolinis reſiſtere, ut Theodoſii conſtitutionem a tanta calumnia vindicarent; quos inter eminet Harprechtus (*c*), ut non immerito Heineccius fateatur (*d*), litem adhuc eſſe ſub judice. Ceteri demum, qui ſatius exiſtimarunt mediam magis tenere viam inter oppoſitas ſententias, vix ſibi conſtant; atque mutuatis ex Arabum dialectica ſpecioſis verborum figmentis, ita quæſtionem involverunt, ut amplius non appareat difficultatis nodus. Pleriſque placuit diſtinguere, an hujuſmodi ſchedula *implicite*, vel *explicite* in teſtamento comprobetur; aliis, an *per modum unius*

(*a*) ad cit. l. ſi ita ſcripſero de condit. & demonſtr.

(*b*) de erroribus Pragmaticorum decade 9. errore 3.

(*c*) vol. 1. conſ. 5.

(*d*) Antiquit. Rom. ad inſt. lib. 2. tit. ult. §. 16.

unius, an *plurium*; an *definite*, an *indefinite*, ac ſimilia exhibent nugatoria commenta, quæ non verentur in re ſeria proferre. Mitto alteram ſecundariam litem, quam excitarunt de probatione *identitatis* ſchedulæ, ut aiunt, ne facile fides præſtetur ſcripturis non ſolemnibus præter veram teſtatorum voluntatem. Suaves ſunt porro, quum inter tot tumultuarias quæſtiunculas videas, vel unius, vel duorum, vel plurium teſtium præſentiam a pleriſque deſiderari pro ſchedulæ probatione. Atque in ſumma temere in omnia irruentibus, legumque auctoritatibus falſo uſurpatis, fruſtra conaberis ex illorum ſcriptis percipere, quo revera pertineat temeraria eorum doctrina, an referatur ad ſupremas voluntates, an ad ceteros actus inter vivos, an intelligant de pagani codicillis, an de teſtationibus privilegiariis; ut deſipere prorſus cogatur, qui eorum deliriis inſiſtat.

III. Verum in tanta rei forenſis perturbatione qui ſerio Theodoſii conſtitutionem inveſtigaverit, ſtatim cognoſcet, rem ſuapte natura manifeſtiſſimam adductam quidem eſſe in quæſtionem interpretum licentia, ac errore. Etenim quum Imperator intellexerit novam codicillorum formam ſtatuere a veteri jure diverſam, qua ſolemnis quinque teſtium numerus cavetur *in omni ultima voluntate excepto teſtamento*, neſciverim, qua fronte audeant eumdem teſtium numerum negare in *codicillis teſtamento confirmatis*; quum ceteroqui legis ſententia generaliter referatur ad quamcumque ſupremam voluntatem extra teſtamenti tabulas. Duo quidem in jure habentur teſtationum genera; nimirum vel *teſtamentum*, vel *codicilli*; ſi ergo Imperator præter teſtamentorum tabulas expreſſe tri-

tribuit quinque teſtium numerum altero teſtationis modo, qui fiet, ut codicilli confirmati a lege abſtrahantur? Nonne manifeſtiſſime in legem ipſam offendes, quum ex una, eademque codicillorum forma ab Imperatore generaliter præſcripta duas feceris inter ſe ſe oppoſitas? Atque ne fruſtra repetantur, quæ longiore ſermone pertractavimus capite II. noſtri commentarii de genuina Theodoſianæ conſtitutionis ſententia (*a*), jure hic contendimus, unam prorſus eſſe codicillorum formam novo jure conſtitutam, ſive confirmatio in teſtamento adjiciatur, ſive contra, unoque ritu æque expleri debeat quodcumque codicillorum genus; quum unam Theodoſius formam cuique adſcripſerit ad differentiam conſtitutionis Conſtantini Magni, qui primus ſolemnia admiſerat in codicillis tantummodo *ab inteſtato* (*b*)].

IV. Quocirca quum in Codice Juſtinianeo apertiſſimo jure ſtatuatur ſolemnis quinque teſtium adhibitio in ſuprema voluntate per *codicillos* expreſſa, noſtra aſſertio ſatis liquet ex legis verbis, ut nullo penitus argumento indigeat; ac propterea in hac diſputatione id unum præſtat, ut adverſariorum eluantur argumentationes, quibus legem circumveniunt, ut errorem ſuum tueantur. Ne autem rerum varietate obruamur, rectius putaverim diſputationem diſpertire in ſua quæque capita; ut primo loco videamus, quo pertineant legum auctoritates, quæ in contrarium afferuntur a Boehmero, ſuæque ſententiæ fautoribus: tum expendemus rationes, quibus eam comprobare videntur; deinde inveſtigabimus receptam fori ſen-

(*a*) Vide quæ diximus cap. 2. de novo jure codicillorum §. 1.
(*b*) cit. cap. 2. §. 1. n. 1. & 2.

Digitized by Google

ſententiam, ſive quid hactenus hac in re prodierit ex præcipuis Senatuum decretis, Italiæ præſertim; ut ita diſputatio ad mores quoque, quibus utimur, flectatur. Poſtremo inſectabimur Boehmerum, quoad alteram ſuæ diſſertationis partem, de ceteris nempe teſtationibus, quas etiam valere contendit ſine quinque teſtium præſentia, quaſque perperam ad codicillos retulit.

§. II.

Convelluntur contraria argumenta ex juris locis petita.

I. NE verborum ambagibus quæſtio involvatur, liceat hic principio præmittere, *codicillorum* nomine, præſertim jure novo, venire quamcumque ſupremam defuncti voluntatem præter teſtamenti rationem; ſive ea ſcripta ſit, ſive per nuncupationem, ſive facta ab inteſtato, ſive pertinens ad teſtamentum, ſive demum directe declarata, ſive per fideicommiſſum; quantum enim ad juris ſolemnia una eſt omnium cauſſa, unoque ritu expleri debent. Etenim utcumque veteres diſtinguerent *codicillos* ab *epiſtolis*, quatenus in illis proprie legata ſcriberentur, in his fideicommiſſa; ſublata tamen per Juſtinianum differentia inter legata, & fideicommiſſa, nec amplius diſtant *codicilli* ab *epiſtolis*. Vulgo etiam *ſchedulas* quandoque appellant ea appendicula ſupremæ voluntatis extra teſtamenti tabulas; ſed quoquo modo eas nominemus, perſpicuum eſt, eadem juris ſolemnia ex Theodoſio

omnibus uno modo præſcribi. Etenim Imperator prætermiſſis tot variis codicillorum nominibus, generali ſignificatione, illis nempe verbis *in omni ultima voluntate excepto teſtamento*, complectitur quicquid ad ſuprema pertineret excepta cauſſa teſtamenti; ut ita ſub una lege comprehenderet quicquid extra teſtamenti tabulas vagaret.

II. Hoc poſito videamus, quidnam ab adverſariis afferatur, ut codicillos, ſive *ſchedulas* teſtamento confirmatas a Theodoſii lege excipiant; & primo cujus momenti ſint legum auctoritates, quæ communiter afferuntur. Tria juris loca hic profert Boehmerus (a) ad ſuam ſententiam comprobandam, quorum duo accepit a Donello, tertium a Bartolo, ejuſque ſectariis; a Donello quidem profertur Lex 77. *de heredibus inſtituendis*: atque Lex 10. *de conditionibus inſtitutionum*; a Bartolo vulgata Lex, *ſi ita ſcripſero* 38. *de conditionibus, & demonſtrationibus*. Mirum quidem eſt, ex Pandectarum libris, unde relatæ leges depromtæ ſunt, argumenta hic duci ad noſtram quæſtionem; ubi enim agitur de interpretatione Theodoſianæ conſtitutionis, neſciverim, quo pacto crediderint, id aſſequi poſſe veterum Conſultorum ſententiis, quas ſane perperam retuleris ad novum jus Imperatorum. Jam vidimus, quemadmodum jure Pandectarum codicilli nullis juris ſolemnibus admitterentur, unaque intelleximus, non niſi ex Theodoſio eos ſolemnes omnino probatos. Qui ergo fiet, ut jus novum explicent ex veteri juris norma? An Conſulti intendere potuerant in novas leges?

(a) cap. 1. ſuæ diſput. §. 15. & ſeq.

Digitized by Google

leges? Haud negaverim, recte conferri Pandectarum ſententias cum jure Codicis, ubi una voce conſentiant; ſed quomodo ad novi juris interpretationem argumenta ſumi valeant ex jure jam abrogato, prorſus non video. Etenim fruſtra quærimus a veteribus Conſultis, an codicilli confirmati exigant ſolemnem numerum quinque teſtium a Theodoſio præſcriptum; quum codicillorum ſolemnia ignota illis fuerant. Itaque ut huic diſputationi recte occurrerent, non aliam legum auctoritatem opponere debuiſſent, niſi quæ vel ex ipſa Theodoſii lege, vel poſterioribus haberetur conſtitutionibus.

III. Verum ut ut intempeſtive recurrant ad eas leges, quæ jure pertrahi nequeunt ad noſtram diſputationem, præſtat tamen, ut audiamus, quid umquam ex iis ſibi voluerint. Ex tribus autem præcipuis juris locis, quæ hic afferuntur, primum eſt, ut Donello ſatisfaciamus, tum deſcendere ad Bartolinos licebit. Plura quidem falſiſſima juris dogmata congerit Boehmerus ex hujuſmodi Pandectarum locis quoad juris veteris obſervationem in codicillis; ſed ne a quæſtione aberremus, hic tantum inſpiciemus, quod pertinet ad propoſitam controverſiam, cetera alibi opportunius examinabimus. Offert itaque Donellus duas juris ſententias, unam Papiniani (*a*), alteram Ulpiani (*b*); quæ tamen unam, eamdemque ſpeciem complectuntur. Certi juris eſt, hereditatem directe neque dari, neque adimi in codicillis; quum hereditatis datio non niſi teſtamento conſtet, ne confundatur jus co-

(*a*) in l. aſſe toto 77. de heredibus inſtituendis.

(*b*) in l. inſtitutio talis 10. de conditionibus inſtitutionum.

codicillorum cum teſtamentis (*a*); hinc Papinianus hanc ſpeciem proponit: *Aſſe toto non diſtributo ita ſcriptum eſt: QUEM HEREDEM CODICILLIS FECERO, HERES ESTO. Titium CODICILLIS heredem inſtituit, ejus quidem inſtitutio valet, ideo, quod licet codicillis dari hereditas non poſſit; tamen hæc ex teſtamento data videtur* (*b*). Apertiſſima eſt Conſulti ſententia: Si quis teſtamento ita dicat: *quem heredem codicillis fecero, heres eſto*, deinde codicillis heredem ſcribat, quæri poſſet, an valeat hujuſmodi inſtitutio; quum ex recepta juris regula nequeat hereditas directe codicillis dari. Et valere ait; quia hæc inſtitutio non ex *codicillis*, ſed ex *teſtamento data videtur*. Idem proponit Ulpianus (*c*): *Inſtitutio talis: SI CODICILLIS SEJUM HEREDEM SCRIPSERO, HERES ESTO, non eſt inutilis in quovis herede inſtituto præter filium; eſt enim conditionalis inſtitutio. Nec videtur hereditas codicillis data, quod interdictum eſt: verum conditionalis eſt hæc inſtitutio, quæ teſtamento data eſſet. Proinde & ſi ita ſcripſerit: CUJUS NOMEN CODICILLIS SCRIPSERO, ILLE MIHI HERES ESTO, pari ratione dicendum erit inſtitutionem valere, nullo jure impediente*. Ex duobus iſtis juris locis perſpicuum eſt, id unum in quæſtionem veniſſe, num ſcilicet inſtitutiones in teſtamento ita conceptæ: *quem heredem codicillis fecero, heres eſto*, vel: *cujus nomen codicillis ſcripſero, ille mihi heres eſto*, vel demum: *ſi codicillis Sejum heredem ſcripſero, heres eſto*, inutiles haberentur; propterea quod in codicillis factæ viderentur, in qui-

(*a*) Vide quæ diximus cap. 1. §. 1. (*b*) cit. l. 77. de heredibus inſtituendis. (*c*) cit. l. 10. de conditionibus inſtitutionum.

quibus hereditatis datio jure non conſtat. Papinianus ergo, & Ulpianus uno ore valere reſpondent, ea nempe de cauſſa; quod licet vera ſit juris regula, ut heredis inſtitutiones ſcribi nequeant in codicillis; tamen in hujuſmodi ſpeciebus non ex codicillis, ſed ex teſtamento hereditas data videtur. Quippe aliud eſt dari hereditatem, aliud heredis perſonam nominari; quum autem in teſtamento quis dicat: *quem heredem codicillis fecero, heres eſto*, jam hereditatem dediſſe cenſetur; quum vero codicillis ſcribat nomen heredis, ſive heredem declaret, tum non inſtituit, ſed heredem, quem jam deſtinaverat, tantum manifeſtat: ideoque datio quidem hereditatis codicillis improbatur, non item heredis manifeſtatio. Atque, ut ſcite exponit Cujacius (*a*): *Quum dixit, quem codicillis heredem fecero, heres eſto, videtur tantum contuliſſe nomen heredis inſtituti in codicillis; & QUEM HEREDEM CODICILLIS FECERO, hoc eſt, quem nominavero codicillis, ille heres eſto. Codicillis ergo recte ſcribitur nomen heredis, ſed non recte inſtituitur heres.*

IV. Sed quorſum hæc ad rem noſtram? Reſpondet Boehmerus (*b*) Donelli auctoritate, atque ita argumentatur: Ideo in relatis ſpeciebus valet heredis inſtitutio in codicillis, quod quicquid ſcribitur codicillis *confirmatis*, perinde haberi debet, ac ſi in teſtamento ipſo ſcriptum eſſet; ac propterea relicta in illis ita ineſſe creduntur teſtamento, ut licet deſint propria codicillorum ſolemnia, relicta tamen in codicillis confirmatis ex teſtamento ipſo valere videantur pari ratione, qua Conſulti dixerunt, illas heredis inſtitutiones ex teſtamento quoque datas videde-

(*a*) in l. 17. quæſt. Papin. ad cit. l. 77. de heredib. inſtit. (*b*) cap. 1. ſuæ diſput. (, 1;

deri. Atque tria hic Boehmerus colligit ex his legibus: *Valida* I. inquit (*a*), *eſt heredis inſtitutio in codicillis deſignata, quæ alias per ſe invalida*. II. *quidem, ut directo valeat, non per modum fideicommiſſi; atque hinc integram portionem accipit non detracta Trebellianica, quæ alias detrahenda foret, ſi jure fideicommiſſi partem ſuam acciperet*. III. *fundamentum deciſionis in eo quæritur: quod quia codicilli ſpecifice antecedenter confirmati ſunt, & teſtator eo ipſo ſe ad illos referat, non tam in codicillis, quam in teſtamento hereditas data videatur. Ex quo ipſo evincitur, ſpecialem confirmationem codicillorum id operari, ut id, quod in codicillis diſponitur, pro eo habendum ſit, ac ſi in teſtamento diſpoſitum eſſet.*

V. Quot verba, tot paradoxa. Ac primum falſo quidem principio argumentatur. Etenim heredis inſtitutio numquam valuit in codicillis, licet *confirmatis* teſtamento ex apertiſſimis veterum Conſultorum ſententiis, ut alibi expoſuimus (*b*). Audiat Cajum (*c*): *Item per codicillos nemo heres inſtitui poteſt, QUAMVIS TESTAMENTO CONFIRMATI SINT*. Item Ulpianum (*d*): *Qui teſtamento heres inſtitutus eſt, codicillis etiam non confirmatis rogari poteſt, ut hereditatem totam, vel ex parte alii reſtituat; QUAMVIS DIRECTO HERES INSTITUI NEQUIDEM CONFIRMATIS CODICILLIS POSSIT*. Sive ergo codicilli eſſent confirmati teſtamento, ſive non confirmati, numquam conſtabat hereditatis datio in codicillis verbis directis concepta, *ne confunderetur*, ut ait Juſtinianus (*e*), *jus teſtamentorum*, &

(*a*) loco cit. (*b*) cap. 1. noſtri comment. §. 10. (*c*) Inſt. lib. 2. tit. 7. §. 8. (*d*) tit. 25 §. 11. (*e*) Inſt. lib. 2. tit. ult. §. 2.

& codicillorum. Quid ergo Boehmerus ait, ideo valere in illis ſpeciebus heredis inſtitutionem in codicillis, *quod quia codicilli ſpecifice antecedenter confirmati ſunt, & teſtator eo ipſo ſe ad illos referat, non tam in codicillis, quam in teſtamento hereditas data videatur?* Plane quum non vidiſſet, quid revera juris eſſet apud veteres in codicillis confirmatis, ac non confirmatis, temere offendit in falſiſſima juris principia. Deinde undenam Boehmerus accepit, Papinianum, & Ulpianum loquutos de codicillis *confirmatis*? Palam eſt, Conſultos quæſtionem minime contuliſſe ad rationem confirmationis, ſed generaliter ſermo inſtituitur de heredis declaratione in *codicillis* facta; quum alioqui quæſtionis definitio non penderet ex regula confirmationis. Cur, inquam, Boehmerus credidit, illic agi de codicillis confirmatis, quum nullum hujus rei veſtigium appareat? Forſan putaverit pro confirmatione codicillorum accipi ea verba: *quem heredem codicillis fecero, heres eſto*, vel: *cujus nomen codicillis ſcripſero, heres eſto?* Perperam quidem opinatus eſſet, ſi exiſtimaverit, ea verba vim confirmationis habere. Jam vidimus, quemadmodum codicilli confirmarentur, quibuſque formulis veteres utebantur (a). Fateor, ubi teſtamento dicatur: *quem heredem codicillis fecero, heres eſto*, videri quidem teſtatorem per conſequentiam codicillos comprobare; ſed negaverim, hoc referri poſſe ad eam confirmationis poteſtatem, ex qua conſtabant relicta in codicillis per verba directa.

VI. Inquies, in hujuſmodi teſtamentis, de quibus Conſulti loquuntur, aderat fortaſſe expreſſa codicillorum con-

(a) cap. 1. noſtri comment. §. 10.

Digitized by Google

confirmatio. Reſpondeo, nihil obſtare, quin adjecta eſſet; ſed quid hoc quæſo ad propoſitam dubitationem? Non eo quæſtio pertinebat, an valeret inſtitutio, tamquam in codicillis confirmatis facta; ſed an in teſtamento quidem hereditatis datio, in codicillis vero heredis nomen ſtare poſſet. Hinc vides iterum Boehmerum hallucinari, quum confundit hereditatis dationem cum heredis manifeſtatione. Quippe Conſulti eam tantum dubitationem excitarunt, an ſi quis ſcriberet heredis nomen in codicillis, quum in teſtamento prius caverat: *quem heredem codicillis fecero*, vel: *cujus nomen codicillis ſcripſero, heres eſto*, improbari videretur inſtitutio, tamquam in codicillis declarata; & reſpondent, ideo valere, *quod licet*, (verba Papiniani) *codicillis dari hereditas non poſſit; tamen hæc ex teſtamento data videtur*. Non recte quidem heres inſtituitur in codicillis, licet recte nomen heredis ſcribatur; quo fit, ut in relatis ſpeciebus perſpicuum fuerit, heredis inſtitutionem in teſtamento quidem factam eſſe, etſi perſonam heredis teſtator in codicillis nominaverit. Quid ergo Boehmerus Conſultos calumniatur, quum aliunde rationem petierit (& falſam quidem) illarum ſententiarum, ſi expreſſis Papiniani verbis vera juris ratio habeatur? Quid quæſo inſolentius, quam in errorem ſuum Conſultos quoque adducere conari? Demum quis non perhorreſcet, quum a Boehmero audiverit, eas inſtitutiones, tamquam in codicillis factas accipi, & quidem directe, non item per fideicommiſſum? Quid afferri poterat abſurdius? Aio, *directam* quidem inſtitutionem ideo illic haberi; quia directe *teſtamento* data eſt. Tantum valet illa enunciatio: *quem heredem codicillis fecero, heres*

eſto,

eſto, quantum hæc: *heres eſto, cujus nomen ſcripſero, ſive declaravero codicillis*. Directam hanc quidem agnoſcimus inſtitutionem, ex verbis nempe directis teſtamento pronuntiatis *heres eſto*; quod ſane nequit ad codicillorum rationem referri, niſi in ab ſurdiſſima juris principia offendatur. Itaque ex genuina harum legum intelligentia quiſque videt, quam extranea ſint, quæ ex iis proferre conantur, quin quam longe aberraverint a ſincera Conſultorum ſententia, ut mirum ſit, id Donello primum excidiſſe. Repetunt quidem a confirmatione codicillorum, quod apertiſſime Papinianus præſertim refert ad diverſam prorſus juris rationem; ſive enim codicilli confirmentur, ſive contra, æque valet inſtitutio ex teſtamento; quum teſtator heredem in eo inſtituat, cujus nomen in codicillis deinde manifeſtaverit.

VII. Tertius juris locus, quem vulgo afferunt ex Bartolo, eſt, inquam, lex *ſi ita ſcripſero* 38. *de conditionibus, & demonſtrationibus*. Hæc porro ſumta eſt ex ſingulari Pauli libro *de jure codicillorum*. Verba ſunt: *ſi ita ſcripſero: QUANTUM CODICILLIS TITIO LEGAVERO, licet codicillis legatum explicetur; tamen ex teſtamento valet; ſolaque quantitas in codicillo delata eſt; nam & apud veteres talia legata fuere: QUANTUM EI PER EPISTOLAM SCRIPSERO, QUANTUM EX ILLA ACTIONE DETRAXERO, HERES DATO.* Satis perſpicua patet hæc Pauli ſententia. Pone teſtamento cautum, tantum legati nomine Titio præſtari, quantum codicillis, vel epiſtolis ſcriptum eſſet, quod hac formula veteres exprimere ſolebant: *quantum codicillis, vel per epiſtolam Titio legavero, vel ſcripſero, heres dato*.

Digitized by Google

Quærit Conſultus, an talia legata valerent? Et reſpondet valere quidem ex teſtamento, non autem ex codicillis, quum in codicillis, vel epiſtola non utique legatum ſcribitur, ſed illius quantitas tantum declaratur; ideoque ex teſtamento datum videtur, licet ſola quantitas ex codicillis habeatur. Quid quæſo Bartolini ſibi velint ex hac Pauli ſententia? Fingunt primo, Conſultum loqui de codicillis teſtamento confirmatis; tum contendunt, non alia de cauſſa talia legata ex teſtamento valere; niſi quia quicquid ſcribitur codicillis confirmatis, datum videtur in ipſo teſtamento; atque, ut ait Boehmerus (*a*): *Quare autem legatum ex codicillis non valet?* (loquitur quidem de relato Pauli loco) *quia ſcilicet teſtator antecedenter codicillos confirmavit, & ſe per expreſſum ad illos retulit, ut ideoque diſpoſitio codicillaris ad teſtamentum referri debeat.*

VIII. Sed profecto nodum in ſcirpo quærunt. Falſo quidem arbitratur Boehmerus, Pauli ſententiam accipiendam de codicillis teſtamento confirmatis; id enim nedum non habetur ex illius verbis, quin contrarium aperte evincitur. Quærit Conſultus, ſi teſtamento quis tantum Titio legaverit, quantum codicillis ſcripſerit, utrum ex teſtamento legatum dari dicatur, an potius ex codicillis? & *ex teſtamento* valere ait, ea nempe ratione, quod non utique legatum, ſed ſola illius quantitas in codicillis delata videtur. Dicat quæſo Boehmerus, quid cauſſæ eſt, cur Paulus in hac ſpecie dubitationem moverit, an ex teſtamento, an ex codicillis legatum conſiſtat, quum certi juris ſit, legata æque valere, tum in teſtamento data-

(*a*) cap. 1. ſuæ diſput. §. 15.

Digitized by Google

ta, tum in codicillis? Quid porro intererat definire, an magis ex una, quam altera teſtatione legatum conſtaret, quum idem prorſus juris in utraque deprehendatur? Atque ex ſpeciebus antea relatis Papiniani, & Ulpiani intelligimus quidem, multum referre, an heredis inſtitutio data videretur ex teſtamento magis, an ex codicillis; propterea quod hereditatis datio nullo jure conſtat, ſi codicillis ſcribatur; ideoque ubi Conſulti inſtitutionem in teſtamento factam exiſtimarunt, licet heredis manifeſtatio ſcripta eſſet in codicillis, eam quidem valere decreverunt, quæ aliter inutilis fieret. Contra in Pauli ſpecie nullus dubitationi locus videri poſſet, quum legata recte relinquantur in utroque teſtationis genere. Quo ergo pertinebit hujuſmodi quæſtio a Conſulto inſtituta? An futilem dubitationem hic Paulum moviſſe crediderit Boehmerus?

IX. Verum nec temere quæſtionem movit; nec alio hæc ſpectare poterat, niſi ut, conſiderata veteris juris norma in legatorum datione, multum referret inſpicere, utrum ex teſtamento, an ex codicillis legatum haberetur. Quippe legata, tamquam verbis civilibus concepta, non ſecus conſtabant, niſi relicta, vel in ſolemnibus teſtamenti tabulis, vel in codicillis quidem, ſed teſtamento confirmatis. De confirmatis nota erat juris regula, ut relicta in illis ex teſtamento valerent; ita ut fruſtra Paulus dubitationem moviſſet de re ſatis manifeſta. Quæſtio ergo pertinere tantum poterat ad codicillos *non confirmatos*, in quibus non legata, ſed fideicommiſſa tantummodo conſtabant; ita ut ſi legata in iis ſcriberentur, nullius erant momenti. Hinc quærit Paulus, ſi teſtator teſtamento ita caverit: *quantum codicillis Titio legavero, heres dato*; & deinde quantitatem

tem exprimat in codicillis, qui non eſſent teſtamento confirmati, an idcirco legatum valeret? Quæſtio ex eo pendebat, ut dignoſceretur, an legati datio facta videri poterat in teſtamento, an codicillis; ſi codicillis, inutilis prorſus fieret; quum ea recte ſcribi non poterat, niſi vel teſtamento, vel codicillis *confirmatis*; ſin teſtamento, tum recte conſtaret. Itaque Paulus attendens ea teſtamenti verba: *quantum codicillis Titio legavero*, *heres dato*, non ſecus agnovit legati dationem, quam ex teſtamenti verbis; nam quantitatis deſcriptio in codicillis facta legatum non conſtituit, ſed *explicat*; ideoque ait: *Si ita ſcripſero: quantum codicillis Titio legavero*, *LICET CODICILLIS LEGATUM EXPLICETUR*; *tamen ex teſtamento valet*; *SOLAQUE QUANTITAS IN CODICILLO DELATA EST*. Atque, ut ex Papiniano, & Ulpiano audivimus, ſola heredis manifeſtatione in codicillis facta, haud videri datam in iis hereditatem; ita ex Paulo ſola legati quantitate in codicillis deſcripta, non intelligi ex codicillis legatum valere; & quemadmodum ex teſtamento valere dicitur ea inſtitutio: *quem heredem codicillis fecero*, *heres eſto*, licet codicillis heredis nomen explicetur; ita ex teſtamento etiam valere dixit Paulus eam legati dationem: *quantum codicillis Titio legavero*, *heres dato*, licet quantitas in codicillis deferatur. Etenim ſola heredis manifeſtatio in datione hereditatis, vel quantitatis deſcriptio in legatis nec inſtitutionem, nec legatum conſtituere videtur.

X. Ex intellecta hactenus genuina Conſultorum mente in relatis juris locis, quantum ex ipſiſmet verbis perſpicue apparet, quis modo non videt, quemadmodum hal-
lu-

lucinentur, qui harum legum auctoritate rationes petere crediderunt, ad eorum ſententiam in propoſita diſputatione comprobandam? Turpiter quidem falluntur, quum arbitrati ſunt, ideo in illis ſpeciebus inſtitutionem, atque legatum ex teſtamento valere dicatur, non autem ex codicillis; quod illic agebatur de codicillis teſtamento confirmatis, in quibus ex nota juris regula quicquid ſcribebatur, perinde haberetur, ac ſi ſcriptum eſſet teſtamento. Fateor quidem hoc juris principium apud veteres admiſſum in codicillis confirmatis; ſed falſum eſt, Conſultos in illis locis de codicillis confirmatis loquutos; vel ſaltem definitionis rationem petiiſſe ex jure confirmationis. Etenim palam eſt, inſtitutionem directam, de qua eſt ſermo in Papiniani, & Ulpiani loco, numquam conſtare potuiſſe in codicillis vel teſtamento confirmatis, ut probavimus. Quod autem ſpectat Pauli ſpeciem, ſatis liquet, æque valere legati dationem ex teſtamento, licet legati quantitas expreſſa ſit in codicillis, ſive confirmatis, ſive non confirmatis: tantum enim abeſt, ut Conſultus dubitationem moverit de codicillis confirmatis, quin nequeat ea ſpecies referri, niſi ad non confirmatos; nec ex jure confirmationis, ſed ex alio prorſus juris principio legatum ex teſtamento conſtare manifeſtiſſime deprehenditur.

XI. Verum quamquam ex relatis juris locis, quos objiciunt, falſa omnino conjecerint, longeque aliena ab hac diſputatione; ultro tamen fatemur, veram eſſe doctrinam, quæ profertur de codicillis confirmatis ex veterum ſcriptis; nt nempe quicquid in iis ſcribatur, perinde haberi debeat, ac ſi ſcriptum eſſet in ipſo teſtamento; quip-

pe etſi perperam eam accommodaverint ad illarum legum ſententiam exprimendam; nihilominus non ambigitur, veteres eam juris regulam recepiſſe quidem in codicillis confirmatis; qua de re longius egimus in noſtro commentario (*a*). Quocirca, ne nobis fruſtra iraſcantur, ſciant, id tantum hactenus curæ fuiſſe, ut errorem detegeremus, in quo verſati ſunt; quum ex hujuſmodi juris locis falſo argumenta petierint, quæ ſane tueri nequeunt, quin maniſeſtiſſima eorum intelligentia pervertatur. Hinc miſſos facimus ceteros juris locos a Bartolo congeſtos (*b*), veluti longiſſime a propoſito alienos, ne in rebus prorſus extraneis tempus terere videremur. Ceterum quidnam contendant ex illa veteris juris regula de codicillis confirmatis, mox videbimus; quum ſermo erit de altero argumentationum capite.

§. III.

Expenduntur rationes, quibus adverſarii exiſtimarunt ſuam tueri poſſe ſententiam.

I. PErſpecta argumentorum fallacia ducta ex falſa legum interpretatione præſtat modo reliqua rationum momenta attingere, quæ in contrarium afferuntur ad tollendum ſolemnem quinque teſtium numerum in codicillis confirmatis. Ac ſane tota argumentorum ſumma uno tantum nititur juris principio; quo quidem redit, quicquid vel Donellus, vel Bartolus vel demum Boehmerus, cete-

(*a*) Vide quæ diximus cap. 1. §. 10. (*b*) in cit. l. ſi ita ſcripſero 38. de conditionibus, & demonſtrationibus.

terique ejus fautores protulerint; adeo ut ſi illud ruat, nihil prorſus ſuperſit, quo eorum valeat ſententia ſuſtentari.

II. Donellus, inquam, ut vidit veterem juris regulam in codicillis confirmatis, ut nempe *relicta in his perinde haberentur, ac ſi ſcripta eſſent teſtamento*, haud animadvertens quo revera pertineret, credidit eam commode perduci poſſe ad novum jus codicillorum, atque ita argumentatur: Statuit quidem Theodoſius ſolemnem quinque teſtium numerum in quavis ſuprema voluntate præter teſtamentum, ad differentiam veteris juris, quo codicilli ſolemnes non erant. At quoniam ea eſt vis codicillorum, qui teſtamento confirmantur, ut relicta in illis ex teſtamento ipſo valere dicantur, apparet eos non comprehendi ſub Theodoſii præſcripto; etenim quæ propria abeſt codicillorum ſolemnitas, ex teſtamento ſuppleri videtur; quid enim refert, an hujuſmodi codicilli ſolemniter fiant, quum tantum in his valeant relicta, quantum ſi ſcripta eſſent in ipſo teſtamento? *Neque*, ut ait(a), *id prohibet Theodoſii conſtitutio, quæ in omni ultima voluntate illam obſervationem ſuam valere jubet; addit enim IN OMNI VOLUNTATE EXCEPTO TESTAMENTO. In propoſito autem codicillis relicta, teſtamento relicta dicimus*; ac propterea etſi codicilli revera rite non fiant; quia tamen relicta conſiderantur, ac ſi teſtamento ſolemni ſcripta eſſent, tamquam ex teſtamento recte valere videbuntur. Hæc Donellus. Idem prorſus Bartolus congerit Arabum dialectica; ideo enim, arbitratur, valere ſchedulam non ſolemnem, teſtamen-

(a) comment. juris civilis lib. 7. cap. 19. n. 10. & 20.

mento tamen confirmatam, quod etſi abſit ſolemnis teſtium numerus, *IMPLICITE* tamen teſtes teſtamentarii ei adfuiſſe intelliguntur: *Nec obſtat*, inquit (*a*), *quod dicitur, non eſt ſolemnis; immo eſt ſolemnis; quia quicquid relinquitur in teſtamento refertur ad hanc ſcripturam*. Hinc Bartolini teſtationes non ſolemnes, teſtamento tamen confirmatas, non tam *codicillos* appellarunt, quam *ſchedulas*: quo nomine proprie venire credunt, quicquid teſtator ſcripſerit extra teſtamenti tabulas, in quibus tamen fateatur, valere velle, quæ in *ſchedulis* juſſerit; adeo ut quod in libris juris *codicilli confirmati* nomine appelletur, vulgus nominat teſtationes, ſive *voluntates per relationem ad ſchedulam*. Utcumque autem Donelli doctrina verbis tantummodo diſtet a tricis Bartolinis, una tamen re ipſa conveniunt: ut nempe codiciili confirmati haud comprehendantur ſub Theodoſiana conſtitutione; propterea quod relicta ex teſtamento valere dicantur; vel ut placuit Bartolo, *in voluntatibus per relationem ad ſchedulam teſtes implicite adeſſe videntur*. Eadem prorſus recudit Boehmerus (*b*); ita ut licet varia verborum quiſque forma utatur, unico tamen, eidemque omnes peræque hærent principio.

III. Sed quid abſurdius afferri poterit vel Donelli argumentatione, vel Bartolino commento? Nonne hoc pudet tum puriorem, tum vulgarem juris interpretem? Quid quæſo (Donello præſertim dixerim) ad rem noſtram pertinet vetus juris regula de codicillis confirmatis, quum ſuppreſſa ea manſiſſet novi juris introductione?

Jam

(*a*) in cit. l. ſi ita ſcripſero 38. de condit. & demonſtrat. (*b*) cap. 1. ſuæ diſp. §. 30. & ſeq.

Jam longo ſermone demonſtravimus (*a*), quemadmodum ex Juſtiniano exæquata legatorum natura cum fideicommiſſis (*b*) ceſſaverit quodvis juris diſcrimen inter codicillos confirmatos, ac non confirmatos; ſi enim hi antea inter ſe ſe diſtabant ob variam illam relictorum rationem, ridiculum eſſet amplius diſtinguere varium jus in codicillis confirmatis, ac non confirmatis, ubi unam hodie agnoſcimus relictorum cauſſam, quaſi conſequentia ſtare valeant ſine antecedentibus. Hinc proficiſcitur, ut ſicuti per Juſtinianum non amplius differrent quantum ad juris effectus varia illa codicillorum genera; ita neceſſario receſſit quicquid juris peculiare in confirmatis veteres conſtituerant; ſi enim hodie communi prorſus jure reguntur, quo inquam pacto ſimul retinebis veterem illam juris regulam, quæ codicillos tantum confirmatos ſpectabat? Etenim fracto *confirmationis* principio in codicillis, quod certe manaverat ex veteri illa *legatorum* poteſtate a *fideicommiſſis* diſtincta, quid porro in ſcenam iterum adduxeris veterem juris regulam de codicillis confirmatis, ut nempe ſcripta in his haberi debeant, ac ſi ſcripta eſſent teſtamento?

IV. Scio Tribonianum in Pandectarum collectione reliquiſſe quidem illius veteris doctrinæ veſtigia; quod ſane cauſſam præbuit Donello, ut ignorata intima ejus vi, atque origine, facile ea abuteretur in novi juris expoſitione. Sed quis ignorat, quanta veteri doctrina ſcateant Pandectarum libri, quam nullo pacto ad jus novum pertrahere queas? Nonne ubique diſſeminatæ proſtant veterum ſententiæ de differentia legatorum a fidei-

(*a*) Vide quæ diximus cap. 2. noſtri comment. §. 4. (*b*) L. 2. C. communia de legatis &c.

Digitized by Google

commiſſis, quæ tamen Juſtiniano auctore prorſus receſſerat? Quid ergo mirum, ſi de veteri jure *confirmationis* in codicillis mutilæ quædam reliquiæ deprehendantur in libris juris? At inquies, an & hodie non licebit confirmare codicillos teſtamento? Fatemur quidem, ut alias vidimus (*a*), nullo jure vetari, ne quis teſtamento codicillos confirmet; ſed negamus veterum ſententias de jure confirmationis convenire poſse cum nova codicillorum ratione nata ex ſublata differentia inter legata, ac fideicommiſsa; non enim diſputamus de confirmandis codicillis, ſed de illo juris effectu, quem veteres in confirmatione agnovere, ut admitterent *legatorum* dationem in codicillorum tabulis. Quare quum jure novo utrumque codicilli genus in unam rediiſset conſonantiam, vel fateantur oportet eumdem ſolemnem teſtium numerum in utriſque deſiderari ex Theodoſii præſcripto; vel ſi hunc tollant a *confirmatis*, nulla cauſsa eſt, cur idem dici nequeat de *non confirmatis*; tumque irruent in apertiſſimam Imperatoris conſtitutionem.

V. Verum ut luculenter appareat, quam præpoſtere argumententur, liceat modo iis concedere ut vel antiquatas veterum ſententias adhibeant in novi juris expoſitione; præſtat enim humaniter cum iis agere, quorum argumenta undique erroribus obvolvuntur. Equidem veteres Conſulti poſuere, ut *relicta in codicillis confirmatis perinde haberentur, ac ſi ſcripta eſſent in ipſo teſtamento*. Quid hoc quæſo ad rem noſtram? Nimirum, ajunt, ſi relicta in codicillis ex *teſtamento* valere dicuntur, quid opus erit ſolemni quinque teſtium numero? Nam hic teſtium

(*a*) loc. cit.

ſtium numerus utique exigetur in iis codicillis, in quibus relicta proprio jure ſuſtententur, ut contingit in codicillis non confirmatis; ſed ubi relicta ex teſtamento valent, ceſſat propterea ratio adhibendi ſolemnia in ipſiſmet codicillis, quaſi codicilli confirmati ita regantur teſtamenti ſolemnibus, ut ſuis non egeant.

VI. Mirum eſt, hujuſmodi verborum involucris vera falſis ita permiſceri, ut niſi rerum notiones ſecernantur, numquam fallacia ſatis apparebit. Etenim aliud eſt, *relicta in codicillis ex teſtamento valere*, aliud *ſolemnem haberi eam voluntatem, quæ talis revera non ſit*. Quando veteres admiſerunt relicta in codicillis confirmatis, veluti ſi relicta eſſent in teſtamento, id unum revera intellexerunt, ut juris fictione introducerent in codicillorum tabulis *legatorum* dationem, quæ ſane ex legis rigore admitti non poterat, niſi in teſtamento, quaſi videretur datum teſtamento, quod re ipſa codicillis relinquebatur (*a*). Quæ ergo relictorum genera ex legis rigore non conſtabant, niſi teſtamento, admiſſa quidem fuere in codicillis teſtamento confirmatis; indeque manavit regula, ut in his relicta perinde eſſent, ac ſi teſtamento ſcripta fuiſſent; confirmatio enim in teſtamento habita quoddam redolere eorum principium videbatur, ut loquitur Tryphoninus (*b*). Quocirca eſto inquam, ut hujuſmodi codicillorum regula ad jus novum etiam accommodari queat, quid obſecro hæc commune habet cum Theodoſii conſtitutione de ſolemni quinque teſtium numero? Efficiet quidem, ut relicta in codicillis ex teſtamento valere dicantur At quo pacto *ſolemnis* ha-

Dd 2 be-

(*a*) Vide, quæ latius hac de re attulimus cap. 1. §. 10. n. 5., & ſeq.
(*b*) L. 12. §. 5. de captivis, & poſtliminio reverſis.

bebitur ea voluntas, quæ rite facta non ſit? Meminiſſe hic refert, apud veteres codicillos ſolemnes prorſus non fuiſſe, ita ut inferri nequeat regulam illam reſpexiſſe voluntatis ſolemnia; quum nullam tum codicilli ſolemnitatem deſideraverint; non ergo veteres eo regulam retulerunt, ut rite facta haberetur ea voluntas, quæ talis revera non eſſet, ſed ut fictione juris ex teſtamento magis relicta valerent, quam ex codicillis, ut ita legis rigorem declinarent, ex quo uſus verborum civilium teſtamenti tantum tabulis admittebatur. Itaque quod veteres in unam cauſſam retulerant, nequit ad alteram transferri, eamque nedum longe ab illa diverſam, ſed quæ ſtare nequit, niſi Theodoſii conſtitutio pervertatur; ubi enim Imperator ſolemnia omnino præſcripſit in hujuſmodi voluntatibus, id agunt, ut fallacia verborum ſolemnis quidem habeatur voluntas, quæ talis revera non ſit.

VII. Quæ hactenus dicta ſunt, ſatis fortaſſe videri poterunt ad detegenda fallaciſſima adverſariorum argumenta, quibus abutuntur, ut Theodoſii legem fraudarent. Sed præſtat preſſius eos inſectari, ut tandem vel inviti errorem ſuum fateantur. Sumunt porro, *ſolemnia teſtamenti ſufficere, ut ſchedula, ſive codicilli teſtamento confirmati ſolemnes habeantur*. Hæc autem aſſertio duas potiſſimas notiones includit, quas refert prius extricare, quam illius refutationem aggrediamur. Prima eſt, ut videamus, quid *ſolemnitatis* nomine revera intelligendum; altera, quemadmodum ſolemnia adhibita in uno defuncti judicio, ſive per ſcripturam fiet, ſive per nuncupationem, pertrahi valeat ad alterum ab eo diſtinctum: uno verbo quidnam hoc ſit, codicillos ſolemnes haberi per teſtamenti ſolemnia. Utrum-

VIII. Utcumque veteres in teſtamentorum tabulis varia ſolemnium genera adhibuerint, palam eſt, novo Imperatorum jure remiſſa veteri formularum ſuperſtitione, juriſque civilis ſubtilitatibus, tota hodie ſolemnitatis ratio in ſupremis vertitur circa ea, quæ tutiorem reddant voluntatis probationem; adeo ut definitus teſtium numerus, eorumque ſigna, ceteraque hujuſmodi non alio ſpectant, niſi ut fraudibus, quoad poſſit, occurratur, ne facile defunctorum judicia ſubverterentur. Majora quidem ſolemnia leges ſtatuerunt in teſtamentis, quam in codicillis, licet utrumque judicium non alia ſolemnia admittit, niſi quæ conferunt ad tutiorem voluntatis probationem. His perſpectis, manifeſtiſſime apparet, ne verborum ambagibus obruamur, per *ſolemnitatis* notionem in ſupremis non aliud hodie revera venire, niſi *quidquid lege præſcriptum eſt, ut voluntatis veritati proſpiciatur* (a).

IX. Intellecta ſincera *ſolemnitatis* notione in ſupremis judiciis, quatenus novo jure accipitur, tum in teſtamentis, tum in codicillis, videamus modo, quid adverſarii ſibi voluerint. Contendunt, ſolemnia teſtamenti ſufficere ad ſchedularum, ſive codicillorum ſolemnitatem. Fabulæ. Quum unius judicii ſolemnia ad alterum perducunt, non aliud revera afferunt, niſi quod ſolemnia in teſtamento adhibita nedum tueantur fidem voluntatis in teſtamento expreſsæ, ſed & voluntatis declaratæ in codicillis. At quis umquam ita ineptiverit, ut credat teſtium præſentiam in teſtamento admiſsam tanti momenti eſse, ut fidem quoque tueatur alterius teſtatoris judicii, in quo te-

(a) Vide L. 21. & 26. C. de teſtamenti,.

teſtes re ipſa non adſint ? Quid ſane abſurdius, quam ſolemnem facere eam voluntatem, in qua revera ſolemnia deſint ? Vel quo pacto dixeris, tutiorem haberi probationem unius voluntatis per ſolemnia in altera adhibita ? Si ergo *ſolemnitatis* nomine non venit, niſi quicquid conducit ad tutiorem voluntatis fidem, quid obſecro ſolemnem feceris eam voluntatem, in qua revera id abeſt, unde hæc tutior fides haberi poteſt ?

X. Inquiunt fortaſſe: quum teſtator teſtamento cavit, ſe valere velle, quicquid in ſchedula, ſive codicillis relinquat, veluti teſtamenti partem, vel tamquam ſi ea relicta ſcripta eſſent in ipſo teſtamento, ſatis hoc eſſe poterit, ut propria ſolemnitate codicilli non egeant. Sed dicant quæſo, an tum ſolemnes habebuntur; quia ita teſtator juſſit; an quia *jure* ſolemnes haberi poterunt ? Si primum, quid magis abſonum fingi poterit ? Forſitan actus legitimi ex hominis, non ex legis pendent arbitrio ? Sin alterum, pudet inquam redire ad vomitum; non enim ſolemnes haberi poſſunt eæ voluntates, quæ rite, ideſt ſecundum legis præſcriptum non perficiantur; ubi enim lex actum legitimum conſtituit, nequit is aliter valere, niſi legitime expleatur. Sive ergo teſtator jubeat, ſe valere velle, tamquam teſtamenti partem, quod in alia ſcriptura reliquerit, ſive hoc non expreſſerit, æque ſemper codicilli habebuntur, tamquam teſtamenti partes, ejuſque ſequela. At quod attinet ad ſolemnia voluntatis, ſine quibus actus jure non conſtat, ridiculum eſt aliunde ſolemnia repetere, quæ naturaliter debent actum ipſum comitari.

XI. Sed nonne veteres (dixerit quis) fictione juris ha-

habuerunt relicta in codicillis confirmatis, ac ſi relicta eſſent teſtamento? Cur pari ſaltem ratione fingi hodie nequeat, ſolemnem quidem haberi eam voluntatem ex teſtamento, quæ talis revera non ſit? Præſertim, quod ipſa confirmatio codicillorum ſolemniter a teſtatore adhibetur. Quare licet voluntatis manifeſtatio revera legitime non fiat, ſatis tamen erit, confirmationem ipſam ſolemniter quidem peractam, ut fictione juris ſolemnis quoque habeatur voluntas in codicillis expreſſa.

XII. Speciosa quidem ſunt hæc verborum involucra, quibus facile occurritur ex expreſſa Theodoſii lege. Quiſque videt, quam aliena hæc ſint ab Imperatoris conſilio, quum ſolemnia præſcripſit in codicillis; non enim de fictitia ſolemnitate loquitur, ſed vera, quæque ideo intercedat oportet, ut adhibitione quinque teſtium tutior reddatur voluntatis fides; quod certe haud exſpectandum a ſolemnitate fictitia. Sed ut plenius hoc cognoſcatur, præſtat rem aliquanto preſſius attingere. Palam eſt, in jure noſtro diſtingui eas cauſſas, quæ facti ſunt, ſive factum hominis requirunt ab iis, quæ ſunt juris (*a*): illæ quidem in facto conſiſtunt; hæc juris conſtant intellectu. Hinc conſequitur, ut quæ cauſſæ ad jus proprie pertinent, fictionem quidem recipere poſſunt; quum enim intellectu tantum conſtent, nil magis conſentaneum eſt, quam haberi eo modo, quo mente percipiuntur. Contra quod in facto conſiſtit, fictionem non admittit; naturaliter enim ſtare nequit, quid fieri, & non fieri eodem tempore. Hinc intelligimus, quemadmodum veteres fictionem juris admiſerint in relictis in codicillis confirmatis,

Vide Hotomanum quæſtionum illuſtrium cap., 8. & 41.

tis, ut nempe ea perinde valerent, ac ſi ſcripta eſſent teſtamento. Etenim agebatur de juris cauſſa, quæ intellectu conſtabat; idcirco fictionem recepit; quum enim ex legis rigore manaſſet, ut verba *civilia*, ſive *directa* in teſtamenti tantum tabulis admitterentur, placuit Prudentibus ad codicillos quoque ea perducere, quantum ad dationem legatorum; atque ne in legem incurrere viderentur, excogitarunt codicillorum confirmationem in teſtamento, ob quam fingi poterat, quaſi datum videri teſtamento, quod revera ſcribebatur in codicillis. Quod autem verba civilia adhiberi non valerent, niſi teſtamento, profecto ad cauſſam juris referendum; ſive enim quis voluntatem ſuam exprimat verbis imperativis, ſive precativis, facti cauſſa non mutatur; nam eadem æque habetur voluntatis ſignificatio; ideoque quum id juris tantum intellectu conſtaret, datum eſt Conſultis per fictionem efficere, ut in codicillis confirmatis *legari* quidem poſſet, tamquam ſi legata ſcripta eſſent in ipſo teſtamento.

XIII. Contra vero juris ſolemnia facti quidem naturam involvunt; quum niſi revera adhibeatur ritus, qui lege præſcribitur, numquam actus ſolemnis habebitur: ideoque fictionem non admittunt. Scio actus legitimos in juris cauſſa conſiderari, quatenus lege conſtituuntur, ut magis juris eſſe videantur, quam facti. Sed diſtinguimus facti cauſsas lege ſtatutas a ceteris, prout naturaliter fieri ſolent. Hæc quidem in ſolo facto conſiſtunt; illæ vero *ex jure eſſe* dicuntur, licet factum complectantur; quod idem eſt, ac ſi dicamus, in facto quidem conſiſtere, quod tamen lege cautum eſt; actus enim le-

legitimi a lege ſunt, quatenus lege præſcribuntur; attamen ejuſmodi ſunt naturæ, ut facto hominis neceſsario expleri debeant; itaque *ex jure* eſse videntur, licet in facto omnino conſiſtant (*a*). Hinc intelligimus, quemadmodum codicillorum ſolemnia nequeant fictionem admittere, quum neceſsario factum hominis exigant. Quippe certi teſtium numeri adhibitio factum continet, quod fictioni non ſubeſt; naturaliter enim fieri nequit, teſtes adeſse, & non adeſse eodem tempore; nec proinde ſolemnem fingere poteris eam voluntatem, cui revera ſolemnia non adhibeantur. Remittit quidem lex interdum juris ſolemnia in quibuſdam peculiaribus cauſſis, vel perſonis; at nuſquam legitur, conſiderari fictione juris, tamquam actum legitimum, qui talis revera non ſit; nam nequit illius fictionem permittere, quum contradicentia ſint, actum ſolemnem jubere, illumque talem conſiderare, vel non ſervatis juris ſolemnibus. Nec refert, teſtatorem ſolemniter codicillos in teſtamento confirmare; non enim *confirmatio*, ſed ipſum defuncti judicium in codicillis expreſſum ſolemnia requirit, ut certa ejus fides habeatur; atque quoad voluntatis ſolemnia nihil ei prorſus adjicitur, vel tollitur, ſi codicilli confirmentur, vel non confirmentur; quum nequeat teſtator ſolemnem vel declarare, vel efficere voluntatem ſuam, niſi juris ſolemnia omnino adhibeantur; quippe quæ non ex hominis, ſed ex legis pendent poteſtate.

XIV. Ex hactenus expoſitis nemo non videt, quo falſiſſimo juris principio laboraverint, qui negarunt ſolemnem quinque teſtium numerum in codicillis confirmatis

(*a*) Hotomanus loc. cit. cap. 41.

tis contra expreſſam Theodoſii legem, ut nil manifeſtius demonſtrari valeat. Sed quid fiet, quum cognoverimus eos nec ſibimet conſtare, atque in repugnantia ita irruere, ut unum alterum neceſſario deſtruat? Equidem poſtquam contenderant, codicillos teſtamento confirmatos *ſolemnes* omnino haberi, fabuloſa nempe ſolemnitatis notione, quam ex teſtamento repetunt, haud verentur deinde aſſerere, quod non ſecus valere poterunt, niſi certa voluntatis fides habeatur, legitimis nempe probationibus intercedentibus, quibus conſtet, teſtatorem revera ita juſſiſſe; ſive ſchedula illius manu ſcripta ſit ex Bartoli ſententia, ſive etiam aliena, ut Caſtrenſi placuit; atque, ut Faber inquit (*a*): *Illud tamen ſemper adeſſe oportet, ut ſcriptura illa ſit indubitata; nec hæſitandi cauſſa ulla ſubſit, quin ea ipſa ſit, de qua teſtator ſenſerit*; & in ſumma, ut vulgo loquuntur, de *identitate* ſchedulæ omnino conſtare debet, ut certa ſit defuncti voluntas.

XV. Sed velim, dicant, qui ſane hoc conſentiet cum iis, quæ prius affirmaverant? Nonne contenderant, codicillos, ſive ſchedulam ſolemnem omnino conſiderari ob illius confirmationem in teſtamento? Atqui ſi ſolemnis habetur, quid porro ineptius, quam de ejus fide dubitare? Forſitan juris ſolemnia in ſupremis præſertim, jure novo, tum in teſtamentis, tum in codicillis, non alio ſpectent, niſi ut voluntatis fidei conſulatur. Quid quæſo magis repugnans, quam voluntatem ſolemnem habere, itemque incertam? Reſpondent, etſi quantum ad ſolemnia legibus præſcripta, ſchedula ſuſtentetur teſtamenti ſolemnitate; hoc tamen non præſtat certam defun-

(*a*) De erroribus Pragmaticorum decade 69. errore 3.

functi voluntatem, . Riſum profecto movent hujuſmodi ſpecioſis verborum commentis . Quid aliud obſecro erunt ſolemnia in ſupremis, niſi teſtium præſentia certa forma adhibita ? Si ergo codicillos teſtamento confirmatos *ſolemnes* appellant, cur una recurrunt ad extraneam eorum probationem ? Erunt itaque ſolemnes, & non ſolemnes eodem tempore, ſolemnes quidem nomine tenus, quantum commentitia hæc ſolemnitas ſatis eſſe videatur ad fraudandam Theodoſii conſtitutionem, non ſolemnes, quantum ad veram ſolemnitatis notionem; quum enim revera iis non adſit ſolemnis teſtium numerus, vel teſtamentorum, vel codicillorum, abeſt idcirco voluntatis fides; quam poſtea aliunde repetere conantur, ut quodammodo ſcripturæ veritati occurratur . Ita ne liceat in re tam ſeria jocari ?

XVI. Præterea quum referunt legem Theodoſii ad codicillos dumtaxat teſtamento non confirmatos; & alioqui confirmatis tribuunt ipſa teſtamenti ſolemnia, ſolemniorem quidem faciunt ſchedulam teſtamento confirmatam altera non confirmata; in illa enim conſiderant teſtamenti ſolemnia; in hac vero ſolemnia codicillorum . Sed quoniam in prima revera ſolemnia non adhibentur, nec niſi nomen tantummodo ſolemnitatis ei adſcribitur; fit propterea, ut ſchedula ſolemnior, tamquam incertæ fidei non admittatur, niſi aliunde conſtet de illius veritate; ſchedula vero minus ſolemnis ipſo jure conſiſtit, veluti confecta ſecundum legis obſervationem in codicillis præſcriptam . Quin in ſchedula minus ſolemni habetur tutior voluntatis probatio; nam non ſecus conſtabit, niſi quinque teſtium adhibitione; contra in ſolemnio-

niori duorum tantum teſtium fides exigitur, quibus *identitas*, ut ajunt, ſcripturæ probetur. At quid abſurdius, quam tutiorem voluntatis probationem exquirere in ſchedula minus ſolemni, in ſolemniori contentum eſſe probatione minus tuta?

XVII. Hæc, & alia ſimilia abſurda, in quæ incidere neceſſe eſt, ubi ſemel falſo juris principio hæreatur, conſequentia quidem ſunt illius commentitiæ ſolemnitatis, quam temere in medium attulerunt; ut illius colore obducto Theodoſianam conſtitutionem fraudarent. Unum reſtat, ut qui veram juris velint doctrinam profiteri, vel inviti fateantur oportet, una, eademque Imperatoris lege ſolemnia æque data eſſe cuicumque voluntati præter teſtamentum, ſive confirmata ſit, ſive non confirmata teſtamento; confirmatio enim nihil prorſus commune habet cum juris ſolemnibus; tantumque abeſt, ſolemnia teſtamenti transferri poſſe ad aliam ſcripturam in eo confirmatam, ut niſi ſolemnia revera adhibeantur, numquam jure probabitur; Non enim Imperator fictitia, ſed vera juris ſolemnia codicillis præſcripſit, ut tutior voluntatis fides haberetur; quæ proinde ſi negligantur, in legem neceſſario offendes.

§. IV.

Quid juris inter Pragmaticorum diſſidia moribus noſtris obtinuerit. Atque de teſtationibus *per relationem*, ut ajunt, *ad ſchedulam*.

I. VIdimus fortaſſe longius, quam res ferret quicquid ad propoſitam quæſtionem attinebat, de juris

Digitized by Google

juris ſolemnibus in codicillis teſtamento confirmatis; tum quam extranea, ac futilia ſint, quæ a Boehmero afferuntur, ſuiſque fautoribus nedum quantum ad argumenta ex juris locis petita, ſed & ad cetera rationum momenta, quæ ſane manifeſtiſſimis laborant erroribus. Præſtat modo ſermonem convertere ad ea, quæ preſſius ſpectant jus in foro receptum, noſtriſque moribus comprobatum. Ac quidem non utique verſamur in re utili fortaſſe, vel ad ingenii tantum exercitationem, vel ad excitandam veterem juris Romani doctrinam eruditioni magis opportunam, quam uſui quotidiano. Immo tanti eſt ponderis, ac momenti, quanti rei publicæ intereſt periculoſa defunctorum judicia a fraudibus liberare. Quo certe Theodoſius reſpexit, quum cujuſvis generis codicillis propria conſtituit ſolemnia.

II. Pro recepta fori ſententia non intelligimus tumultuarias, ſecumque diffidentes ſcriptorum opiniones, quas vulgo metiri ſolent ex potiori illorum numero, ſed quæ profectæ ex quotidianis Tribunalium decretis e re natis, uſuque frequentiſſimo ſibi conſentientibus, in mores tandem vertantur: quæ ſane receptæ ſententiæ etſi expreſſam vim legis non habeant, multum tamen auctoritatis merentur, præſertim quum veterum inſtituta ad noſtros mores converterint. Refert autem Boehmerus (*a*), apud Germanos fere receptum eſſe, ut codicilli teſtamento confirmati rati quidem habeantur, etiam non adhibito ſolemni quinque teſtium numero, quod tamen Harprechtus (*b*) repetit ex propriis Germanorum moribus. Addit etiam Boehmerus quoddam Strykii reſponſum,

(*a*) Cap. 1 ſuæ diſput. §. 32. (*b*) Vol. 1. conſ. 5. n. 63.

ſum, quo in ea facti ſpecie viſum eſt, improbari non debere ſchedulam teſtamento confirmatam, cui tamen aderant duorum teſtium ſubſcriptiones (*a*).

III. Ac porro in iis Europæ regionibus, in quibus, repudiatis juris communis ſolemnibus in ſupremis, tum teſtamentis, tum codicillis, adducta ſunt defunctorum judicia ad parem probationis cauſſam cum ceteris actibus inter vivos, ceſſat hic diſputandi locus; quum eamdem æque non ſolemnem deſiderent probationem, ſive teſtamentorum tabulæ ſint, ſive codicilli, in quibus nihil proinde refert, utrum confirmentur, necne teſtamento. In Italia vero, ubi potiſſimum religioſiſſime ſervatur juris communis obſervatio, præſertim quoad ſupremarum tabularum ſolemnia, nullibi, quod ſciam, hactenus receſſerunt a Theodoſiana ſanctione, tum in codicillis non confirmatis, tum confirmatis teſtamento. Quin, quantum ex decretorum collectionibus percipere licuit, palam eſt, celebriores præſertim Italiæ Senatus ſartum tectum omnino ſervaſſe jus Theodoſianum de ſolemnibus in quibuſcumque codicillis a tot ſcriptorum commentis. Atque utcumque Pragmaticorum licentia non dubitaverit undique Bartolina paradoxa ventilare; numquam tamen eo pervenit, ut falſa eorum conſilia in fori ſententias reciperentur. Plane quamquam commentitiam illam ubique affectaverint ſolemnitatis notionem; tanti tamen ea non fuit, ut rei veritatem perverteret. Ecquis enim non videt, tantum valere hanc fictitiam ſolemnitatem, quantum valet quævis ſcriptura, cui deſint vera juris ſolemnia? Quid manifeſtius, quam hujuſmodi verborum fig-

(*a*) Vide Boehmerum loc. cit.

ſigmentis viam revera fraudibus aperiri ? Novum hoc fortaſſe videri poterit cauſidicis noſtris , quibus nil tam familiare occurrit in pervolvendis ſuorum deretorum Codicibus , quam illud , licere nempe *teſtari per relationem ad ſchedulam* : quo principio admiſſo , tum colligere non dubitant , nulla propria juris ſolemnia ſchedulam exigere. Sed poſtquam expoſuerimus,quænam ſit ſincera fori ſententia *de teſtationibus per relationem ad ſchedulam* , ſtatim cognoſcent , quantum differant hujuſmodi teſtationes a ſchedula teſtamento confirmata ; quippe quæ non fabuloſis , ſed veris conſtant juris ſolemnibus , ut mox apparebit .

IV. Duas teſtandi formas agnoſcimus in jure , alteram per ſcripturam , alteram per nuncupationem . Per nuncupationem autem proprie teſtari intelligitur , quum palam voluntas manifeſtatur , ut teſtes teſtatoris exaudiant judicium (*a*) . At nuncupari etiam teſtamentum veteribus dicebatur in teſtationibus per mancipationem , ſive per æs , & libram , in quibus adhibita mancipationis formula proferret quidem teſtator coram teſtibus teſtamenti tabulas ; quæ ſane *nuncupari* dicebantur ; non quod teſtibus aperiretur , quicquid tabulis ſcriptum eſſet , ſed quia teſtator palam nuncupabat , voluntatem ſuam in illis tabulis contineri , teſtes admonens , ut earum teſtimonium perhiberent . Hic autem teſtandi modus , utcumque voluntas ſcriptis traderetur , ad nuncupationem magis referebatur , quam ad teſtationem per ſcrip-

(*a*) L. 21. qui teſtamenta facere poſſunt : *Heredes palam , ita ut exaudiri poſſint , nuncupandi ſunt . Licebit ergo teſtanti vel nuncupare heredes , vel ſcribere ; ſed ſi nuncupat , palam debet.* Vide etiam Juſtiniani inſt.lib.2.tit.10.§.14.

ſcripturam; propterea quod intercederet *ſolemnis teſtamenti nuncupatio*, qua teſtator palam declarabat, valere velle voluntatem ſuam, quæ tabulis continebatur; & ali oqui deerant teſtium ſigna, ac ſubſcriptiones jure Prætorio conſtitutæ in teſtationibus per ſcripturam. Proſtat ſane luculentiſſimus Ulpiani locus, quo res omnis exponitur: *In teſtamento*, inquit (*a*), *quod per æs*, *& libram fit*, *duæ res aguntur*, *familiæ mancipatio*, *& NUNCUPATIO TESTAMENTI. NUNCUPATUR TESTAMENTUM in hunc modum*, *tabulas teſtamenti teſtator tenens ita dicit*: *Hæc uti in his tabulis*, *cerisve ſcripta ſunt*, *ita do*, *ita lego*, *ita teſtor*; *itaque vos Quirites teſtimonium perhibetote*: *quæ NUNCUPATIO*, *ET TESTATIO vocatur* (*b*).

V. Hæc autem *teſtamenti nuncupatio* ſtetit apud Romanos, quoad perduravit teſtandi modus per mancipationem ex jure civili. At poſtquam uſus mancipationis vel in teſtamentorum confectione in deſuetudinem prorſus abierit una cum teſtamento per æs, & libram, exolevit quoque ea *teſtamenti nuncupatio*, de qua loquitur Ulpianus; atque ubi Imperatores, Juſtinianus præſertim, novam quodammodo dederint formam teſtamentis, factum eſt ſummum illud diſcrimen inter teſtationem ſcriptam, ac nuncupatam, quod hodie habemus ex Juſtinianea juris collectione; nimirum ut teſtamenti ſcripti nomine veniat voluntas quidem litteris conſignata, cui tamen adiiciantur teſtium ſigna, ac ſubſcriptiones; contra *teſtari per nuncupationem* proprie appelletur, quum teſtator voluntatem ſuam coram teſtibus aperiat; ita ut a teſtibus exaudiatur omne teſtatoris judicium. No-

(a) tit. 20. de teſtamentis §. 9. (*b*) Vide Schultingium ad cit. Ulpiani locum.

Digitized by Google

VI. Nolim, quis mihi fortaſſe iraſcatur, vel quod a propoſito diverterim, vel quod in rei forenſis inveſtigatione initium duxerim a veterum inſtitutis, quaſi alieniſſima hæc habeantur a noſtris moribus; ſed ſpero facile veniam daturum, quum viderit, quo ea ſpectabunt; quia vel ex hoc uno loco intelliget, quantum utilitatis afferat ubique indolem perſcrutari Romani juris. Cuique notum, moribus quidem communiter fere receptum, ut præter teſtamentum per ſcripturam, ac per nuncupationem proprie dictam, qualem in libris juris deprehendimus, tertia quædam invaluerit teſtandi forma ex utroque veluti compoſita; quam ſane vocant teſtationem *per relationem ad ſchedulam*. Hæc autem habetur, quum teſtator conſcribat quidem ſuam voluntatem; tum tabulas, ſive ſchedulam oſtendens coram ſolemni teſtium numero, palam nuncupet, ſe ita teſtari, ut in ſchedula ſcriptum ſit, quam demum Tabulario tradit ſervandam. Profecto nequit hæc teſtatio cenſeri facta per *ſcripturam*, quum abſint ſubſcriptiones, ſignaque teſtium, nec pro *voluntate nuncupata* preſſius accepta; quum non manifeſtetur teſtibus, quod juſſerit teſtator; nam ſcriptura tantum nuncupatur: itaque *mixtam* appellant, quatenus & ſcriptura conſtat, & nuncupatione.

VII. Verum quamquam hujus teſtationis nullum forꞏtaſſe appareat veſtigium in Juſtinianea juris collectione, perſpicuum tamen eſt, eam novam non eſſe, nec juri Romano ignotam. Duæ res, ut diſcimus ex Ulpiano (*a*), agebantur in teſtamentis per æs, & libram, familiæ manci-

(*a*) loco cit. de teſtamentis tit. 20. §. 9.

Digitized by Google

patio, & *teſtamenti nuncupatio ſolemnis*: prima quidem penitus receſſit una cum ceteris ſuperſtitioſis Romanorum formulis; altera etſi in conſequentiam tum quoque ceſſaverit ex antiquato teſtandi modo per æs, & libram; nihil tamen obſtabat, quin diſſociata a mancipationis formula in noſtros mores induceretur civium utilitate, uſuque poſcente. Itaque quod hodie vulgo dicitur teſtari *per relationem ad ſchedulam*, veteres nominabant: *teſtamenti nuncupatio*, ſive *teſtatio*; & quemadmodum tum teſtator coram ſolemni teſtium numero tabulas tenens, palam nuncupabat, ita ſe teſtari, ut in tabulis, cerisve ſcriptum eſſet: ita & hodie fit, quum ſchedula, ſive ſcriptura coram ſolemni teſtium numero oſtenditur, itemque palam nuncupatur, in ea quidem contineri ſupremum voluntatis ſuæ judicium. Atque ubi ab Ulpiano hoc dictum eſt *teſtamenti nuncupatio*; propterea quod non voluntas, ſed ſcriptura tantum nuncupatur, qua ea contineretur; ita & hodie, licet non ſervata ſermonis proprietate, appellatur *teſtamentum nuncupativum nuncupatione IMPLICITA per relationem ad ſchedulam*, uſurpatis nempe Arabum loquutionibus, quorum linguam potiſſimum ſchola forenſis adoptavit. Quo ſane nomine millies hanc teſtationem deſcriptam comperies in Codicibus decretorum Sacræ Rotæ Romanæ (*a*); adeo ut quiſque viderit præter varium loquutionis uſum nil prorſus diſtare antiquam *teſtamenti nuncupationem* ab hodierna teſtatione *nuncupationis implicitæ per relationem ad ſchedulam.*

VIII. Nunc

(*a*) Vide Rot. in Senogallien, ſeu Eugubina immiſſionis prius coram Eminentiſſimo Millino 27. Aprilis 1731. deinde coram Paralta 2. Maij 1735. in quibus & alia ſimilia loca plenius allegantur.

VIII. Nunc tandem tamquam e diverticulo in viam redeamus, quando rectius cognoſcere poterimus, quid moribus noſtris ſervetur in propoſita quæſtione. Vulgus Scriptorum confundit (ut moris eſt potiſſimum apud forenſium opinionum collectores) *ſchedulam teſtamento confirmatam* cum *ſchedula ſolemniter nuncupata*; atque ubi primæ ſchedulæ natura tantum diſtinguitur ab altera, quantum diſtat voluntas non ſolemnis a ſolemni, Pragmatici temere uno fere, eodemque aſpectu utramque complectuntur; atque pro *teſtari per relationem ad ſchedulam*, nedum intelligunt ſolemnem ſcripturæ nuncupationem, ut diximus, ſed ſchedulam non ſolemnem, teſtamento tamen confirmatam; quaſi teſtator quum codicillos confirmet teſtamento, etiam ſe referri ad ſchedulam videatur. Non vetantur quidem ſub iiſdem loquutionibus involvere utriuſque ſchedulæ demonſtrationem: Dicant porro, ut malint, teſtatorem nempe ſe referri ad ſchedulam, non modo quum eam nuncupet, ſive palam teſtetur, *ſe valere velle, quicquid in ſchedula ſcriptum eſt*: ſed quum teſtamento eam confirmaverit; puta ſi in illo caverit: *ſe valere velle, quicquid in ſchedulis ſcriptum reliquerit*; vix enim refert, ſi male loquantur. At numquam conceſſerim, longe diverſas rerum notiones uno verborum involucro ita confundi, ut utraque comprehendatur ſub una juris regula; hoc enim juri, & rationi prorſus repugnat. Etenim aliud revera eſt, ſchedulam ipſam palam nuncupari, aliud, eam teſtamento confirmari; quemadmodum veteres longe diſtinxere *codicillos teſtamento confirmatos* ab illa *teſtamenti nuncupatione*, quam adhibebant in teſtamentis per æs, & libram; primo enim caſu teſtator

 pro-

proprie non ſe refert ad ſchedulam, ſed eam eatenus confirmat, ut ex teſtamenti ſcriptura perſpicue appareat, codicillos, quos relinquat, ratos ſe habere velle. Quantum ergo diſtat codicillus confirmatus a *teſtamenti nuncupatione*, tantum diſcriminatur ſchedula teſtamento confirmata ab altera, quam teſtator tenens palam nuncupaverit coram ſolemni teſtium numero; primo enim caſu teſtator inquit: *quos codicillos, ſive ſchedulas ſcripſero, vel reliquero valere volo*, poſteriori vero: *Hæc uti in his tabulis, cerisve ſcripta ſunt, ita lego, ita teſtor; itaque vos Quirites teſtimonium perbibetote*. Scio, Bartolo quidem promiſcue tribui eamdem doctrinam de utraque ſchedula, ſed perperam hoc etiam faciunt; quum revera Bartolus de una tantum loquutus ſit, de ſchedula nempe teſtamento confirmata, in qua tamen commentitiam illam agnovit ſolemnitatis notionem, ut latius vidimus.

IX. Perſpecta diverſa utriuſque ſchedulæ natura, videamus modo, quid de utraque in foro obtinuerit. Sacra Rota Romana, quantum percipere licet ex ſuarum ſententiarum collectionibus hactenus editis, pluries quidem probavit ſchedulam *ſolemniter nuncupatam*; at nuſquam admiſit ſchedulam re ipſa non ſolemnem, propterea quod teſtamento eſſet confirmata.. Hoc idem comperimus ex collectione decretorum Senatus Neapolitani; nec in ceteris Italorum regionibus aliud, quod ſciam, ſervatum animadverti; adeo ut conſtantiſſima quidem fori ſententia ſit, ut jure conſiſtat voluntas in ſchedula expreſſa, quam tamen teſtator ſolemniter nuncupaverit: atque utcumque Scriptorum inſolentia numquam ceſſaverit ſub una juris regula comprehendere etiam ſchedulam teſtamento tan-

tum

tum confirmatam; nullibi tamen pernicioſiſſimum hoc juris commentum admiſſum, vel uſu comprobatum reperies. Quod ut manifeſtius appareat, non gravabimur brevi hic complecti potiſſimas facti ſpecies de hujuſmodi ſchedulis hactenus proditas, ex quibus profecto intelligi valeat, in Italia præſertim, ubi in ſcripturis ſupremarum voluntatum, ſive teſtamenta ſint, ſive codicilli, ſolemnia jure communi conſtituta conſtantiſſime retenta ſunt, numquam receſſum a Theodoſiana conſtitutione de ſolemni quinque teſtium numero, tum in codicillis non confirmatis, tum confirmatis teſtamento.

X. De ſchedulis ſolemniter nuncupatis, ideſt coram ſolemni teſtium numero, ſex præcipua proſtant Sacræ Rotæ Romanæ reſponſa, quibus hæc probari videntur (a). Longum, ac pene inutile eſſet peculiares cujuſque ſpecies referre, & alioqui rectius fiet, ſi ex earum ſententiis una exprimatur juris norma moribus noſtris accommodata. Duo Sacra Rota Romana conſtantiſſime omnino deſideravit in hujuſmodi ſchedulis, ut jure admitti valerent ſuprema teſtatorum judicia in illis expreſſa: primum eſt, ut teſtator ſchedulam oſtendat, eamque nuncupet coram ſolemni teſtium numero, ſeptem nempe teſtibus, quum agatur de nuncupatione, quæ ſpectet teſtamenti cauſſam, vel quinque, ſi codicillorum; atque huic teſtium numero adiicit quoque præſentiam Tabularii, cui ſchedula ſervanda tradatur: alterum eſt, quod ſchedula de-

(a) Nunicum dec. 581. part. 4 recent. dec. 215 1. coram Coccino, dec. 180. coram Duran. Senogallien., ſeu Eugubina immiſſionis coram Eminentiſſimo Millino 27. Aprilis 17.1. & coram Peralta 2. Maii 1735., deciſ. 315. coram Priolo, & demum deciſ. 1032. coram Emerix.

deinde cognoſcatur a teſtibus in nuncupatione adhibitis; ita ut dubitari nequeat, quin eadem illa ſit, quam teſtator nuncuparit; ſive, ut vulgo loquuntur, ut conſtet de ſchedulæ *identitate*. Quod primum ſpectat, ex facti narratione manifeſtiſſime apparet, non ſecus Sacram Rotam adprobaſſe relicta in ſchedulis, niſi ſcriptura ſolemniter nuncupata fuerit, ut legenti patet (*a*). Unum hic animadverterim, Tabularii perſonam, quæ hodie adhibetur præter ſolemnem teſtium numerum, quodammodo imitari veterem ritum ſervatum quoque in teſtamenti nuncupationibus, utpote quæ præter teſtium præſentiam peragebantur coram Magiſtratu (*b*); nam quantum ad actus ſolemnitatem Tabularius quidem, veluti perſona publica Magiſtratus exprimit miniſterium.

XI. Quod autem ſpectat alteram conditionem, ut ſchedula nempe eadem eſſe probetur, quam teſtator nuncupaverit, recte quidem Sacra Rota regulam præſcribit, ut non ſecus conſiſtat, niſi ea cognoſcatur ab ipſiſmet teſtibus, qui nuncupationi aderant. Nec alio ſpectavit vetus formula: *itaque vos Quirites teſtimonium perhibetote*, niſi ut tabularum comprobatio ab iis fieret, quibus teſtator eas oſtenderet. Quod ut recte percipiatur, præſtat hic perpendere duas peculiares facti ſpecies a Sacra Rota relatas, quibus rem plenius habebimus. Prima eſt (*c*): Scripſerat quis manu ſua teſtamentum in quadam ſchedula, cui, etſi ſubſcriptio deeſſet, adjecerat ſignum familiæ. Tum arceſſitis Tabulario, ac ſeptem teſtibus, teſtamenti tabu-

(*a*) Vide Rot. deciſ. in locis jam allegatis.
(*b*) Cajus inſt. lib. 1. tit 6. §. 3.

(*c*) Vide deciſ. 300. coram Priolo, & 315. coram eodem, qua prior revocatur.

bulas tenens palam nuncupaverat, ratum ſe habere velle poſt mortem ſuam, quicquid in illis ſcriptum eſſet; quod poſtquam feciſſet, Tabulario eas tradidit ſervandas. Defuncto teſtatore Tabularius quidem tabulas reſignavit ſine Judicis auctoritate, ac coram aliis teſtibus, quam iis, qui nuncupationi interceſſerant. Quærebatur, an valeret hujuſmodi teſtamenti ſcriptura ſolemniter nuncupata? Quicquid in prima cauſſæ cognitione viſum eſſet, re deinde melius perpenſa reſpondit, eam omnino non valere. Movebat, non quod tabulæ ſolemniter non eſſent nuncupatæ, quum adfuerit una cum Tabularii præſentia ſolemnis teſtium numerus; ſed quod non conſtaret, eaſdem illas eſſe, quas teſtator nuncupaſſet, ſeu de ſcripturæ *identitate*, quum cognitæ non dicebantur a teſtibus nuncupationi adhibitis. Licet ergo in qualibet ſcripturæ plagula adeſſet Tabularii ſubſcriptio, ſolam tamen ejus non eſſe fidem ſequendam. Nec ad rem pertineret, quod teſtator dixerat, ut tabulæ reſignari poſſent a Tabulario, nullis ſolemnibus adhibitis; nam certi juris eſt, hæc non pendere ex teſtatoris arbitrio; & alioqui in hujuſmodi tabularum nuncupationibus rite fieri debet earum cognitio, ut fraudibus omnino occurratur. Itaque ſatis non videbatur in hac ſpecie ſola Tabularii fides, quam comitari quoque debuerat & illa teſtium, qui nuncupationi aderant, vel aliæ facti circumſtantiæ, quibus omnino certum ſit de ſchedulæ *identitate* (*a*).

XII Al-

(*a*) cit. deciſ. 315. coram Priolo, quæ ita loquitur n. 2. „ Ex facto autem hodie „ recenſito conſtat, totam hanc machinam „ conſiſtere in ſola fide Notarii, qui folia in „ tus, & extra ejus manu fuerunt conſcri „ pta, nulla adeſt teſtatricis, vel teſtium „ ſubſcriptio, ſigillum continebat ſteg na do„ mus Raſponæ; & proinde ob multiplici-

ut inquit (*a*), *quod teſtator exhibuerit coram teſtibus ſchedulam, in qua ſibi heredem inſtituit, vel quod deſignaverit locum, in quo reperitur ſchedula continens eamdem heredis inſtitutionem, quotieſcumque dubitari non poteſt de identitate ſchedulæ; quum in utroque caſu adſit ſubſtantia nuncupationis heredis ſaltem implicite, quæ requiritur ad effectum ſubſtinendi teſtamentum nuncupativum*. Ut ut autem ſit hujus argumentationis momentum, ſolidior viſa eſt ratio petita ex facto heredis. Etenim quum is hereditatis aditione ſemel agnoviſſet judicium defuncti, nequibat amplius illud impugnare (*b*).

XIII. Hæc hactenus expoſita ſatis (ni fallor) hoc loco videri poterunt, ut oſtenderetur limpida fori ſententia, moribuſque recepta de ſolemni *teſtamentorum nuncupatione*, ſive de ſolemnibus teſtationibus *per relationem ad ſchedulam*. Vidimus quidem quo jure manaverint, ac quemadmodum ex veterum inſtitutis acceperimus, quæ moribus noſtris convenirent. Tum didicimus ex tot, ſibique conſentaneis Sacræ Rotæ Romanæ decretis, qua juris norma regantur; nimirum ut ſolemniter ſchedulæ omnino nuncupentur, nedum coram legitimo teſtium numero, ſed & Tabularii præſentia; ac demum, ut ſcriptura cognoſcatur ab iiſdem teſtibus, qui nuncupationi adfuerint, ut ita eadem eſſe probetur, quam teſtator palam oſtendiſſet ad tollendas fraudes, quibus

 po-

(*a*) cit. deciſ. 1032. coram Emerix.

(*b*) Ita loquitur deciſ. 1065. coram Emerix, qua prima confirmatur: „Nam prima oppoſitio invaliditatis teſtamenti Horatii, ex quo folia, in quibus ſcriptum fuit „ultimum ejus teſtamentum, non fuerunt „conſignata Notario in præſentia teſtium, „non habet ſubſiſtentiam... & nullo pacto „eſt allegabilis per Nicolaum, qui eſt heres „unius ex heredibus, qui vigore ejuſdem te„ſtamenti illius hereditatem adierunt.

potiſſimum obnoxia ſunt ſuprema hominum judicia; ita ut ſi tabulæ reſignentur coram aliis teſtibus, quam adhibitis ſolemni nuncupationi, jure non conſtabunt, quum cognitæ non habeantur, ſive deſit probatio *identitatis* ſcripturæ (*a*); naturaliter enim fieri nequit, ut *identitatis* teſtimonium perhibeatur ab iis teſtibus, qui nuncupationi non interceſſerint, ne aliter repugnantia una ſimul admittamus. Longius fortaſſe hæc dicta ſunt, quam res patiebatur; ſed tribuas velim perturbatis Scriptorum opinionibus, quibus neutiquam plenius occurri poterat, niſi rem omnem inveſtigaverimus.

XIV. Reſtat, ut videamus tandem quid juris umquam obtinuerit de ſchedulis teſtamento confirmatis, quod proprie quæſtionem noſtram attingit, ad quam non recte accedere videbamur, niſi prius perſpectam haberemus fori ſententiam de ſchedulis ſolemniter nuncupatis, cum quibus rabularum ſchola ſæpe confundit ſchedulas teſtamento confirmatas. Nuſquam hactenus (quantum perſcrutari licuit ex forenſi jurisprudentia) vidimus hujuſmodi ſchedulas uſu probatas, tum in foro Sacræ Rotæ Romanæ, tum ceterorum Senatuum, Italiæ præſertim, quibus obtinet jus Codicis Juſtinianei de juris ſolemnibus in re teſtamentaria. Ratio ex eo pendet, quod quum in quavis ſuprema voluntate præter teſtamentum, ſive ſcripta, ſive nuncupata exegerit Theodoſius ſolemnem quinque teſtium præſentiam, quicquid placuerit ſcholæ Bartolinæ, ut commentis ſuis porrigerentur ipſa teſtamenti ſolemnia ad ſchedulas in eo confirmatas; quum tamen hæc revera tutiorem non facerent ſchedularum fidem, nec aliud re ip-

(*a*) cit. deciſ. 315. coram Priolo n. 2.

ipſa efferrent, niſi nudum ſolemnitatis nomen, abſonum profecto viſum eſt declinari ab expreſſa Imperatoris lege, ut falſariorum fraudibus ſubjicerent ſuprema defunctorum judicia. Qui locus enim fraudibus non aperietur, ſi in codicillorum tabulis recedatur a ſolemni teſtium præſentia? Forſitan ſolemnia teſtamenti, quo confirmantur, ſatis haberi poterunt, ut certam reddant defuncti voluntatem?

XIV. Inter innumera Sacræ Rotæ Romanæ decreta tum vetuſtiora, tum quotidiana, unica, ni fallor, ſpecies apparet, in qua ſermo habetur de quadam ſchedula teſtamento confirmata. In collectionibus autem decretorum Senatus Neapolitani altera proſtat a Capicio Latro relata, quas brevi expediemus. Prima ita ſe habet (*a*): Teſtatrix teſtamento ſcripſerat: quicquid codicillis, ſive, ut nominat, *memorialibus*, reliquiſſet ſuo nomine ſubſcriptis, certoque loco conditis, ratum ſe eſſe velle poſt mortem ſuam, tamquam ſi ſcriptum eſſet in ipſo teſtamento. Defuncta teſtatrice, repertæ ſunt duæ ſchedulæ, quarum altera legabatur certa pecuniæ quantitas cuidam puellæ, quum religioſam vitæ conditionem iniiſſet. Heres legatum ultro agnovit, obtulitque illius præſtationem: legataria tamen quum diceret, teſtatricem noviſſimas quidem ſcripſiſſe tabulas, quibus vel totam, vel partem hereditatis ei reliquerat, egit idcirco adverſus heredem interdicto de hujuſmodi tabulis exhibendis. Heres negabat, nec alias tabulas reperiiſſe fatebatur præter illas, quas jam exhibuerat una cum ſchedulis, quarum mentio in teſtamento haberetur. Facti erat quæ-

(*a*) Rota deciſ. 663. par. 4. recent. tom. 1.

Digitized by Google

quæſtio, non juris: nimirum, an ex iis, quæ in facto afferebantur, locus eſſet interdicto de ſecundis tabulis exhibendis, quas heres fortaſſe occultaverat? Re perſpecta, ſecundum ea, quæ proponerentur, Sacra Rota reſpondit, locum non eſſe interdicto, quum non conſtaret, alias revera extare tabulas præter teſtamentum, quod jam exhibuerat una cum duabus ſchedulis, unam quidem, quam heres Tabulario tradiderat ex teſtatricis voluntate, altera, qua legatum continebatur in actricis beneficium. Itaque pronuntiavit, legatariam contentam eſſe debere legati in ſchedula relicti, cujus præſtationem heres principio obtulerat.

XV. Ex genuina hac controverſiæ narratione palam eſt, facti quæſtionem omnino fuiſſe, non juris: legatum autem relictum in ſchedula non ſolemni, teſtamento tamen confirmata, heres quidem præſtitit, non quod Sacra Rota ſchedulam adprobaſſet, quum id nunquam venerat in quæſtionem; ſed quod ipſemet heres ratum habuit defunctæ judicium in ſchedula expreſſum. Lex porro etſi ſolemnia præſcribat in ſupremis voluntatibus, nullibi tamen heredi vetatur, quin vel non ſolemnem defuncti ſequatur judicium. Opportune, inquit Ulpianus (a), *quamquam ex irritis codicillis libertates non debeantur; attamen SI HERES HOS CODICILLOS RATOS HABUIT, & ex his quædam præſtitit, & ſervos præſtandæ fideicommiſſæ libertatis gratia, in libertate morari voluit, ad juſtam libertatem eos perveniſſe reſcripto Imperatoris noſtri, & divi patris ejus declaretur*. Itaque id tantum Sacra Rota definivit, quod in diſputationem ve-

(a) l. 30. §. 17. de fideicommiſſariis libertatibus.

venerat; attamen quum heres ratos habuiſſet codicillos, licet jure non probatos, factum eſt, ut in hac ſpecie ſervatum ſit quidem defunctæ judicium vel non ſolemniter declaratum.

XVI. Altera ſpecies ita proponitur (a). Teſtator teſtamento ita caverat: *Laſcio Tarquinia mia moglie donna, e padrona di tutti i miei beni*; & adjecit: *E ſuccedendo morte di eſſo teſtatore, che la ſua intenzione ſtia in arbitrio della detta Tarquinia, e della ſcrittura laſcerà eſſo teſtatore di ſua propria mano, quale reſterà in potere della detta Tarquinia, ed a quella, ed alla detta Tarquinia ſi abbia relazione*. His teſtamenti verbis duo ſimul teſtator juſſiſſe videtur, unum quod mentis ſuæ ſententiam in uxoris conferret arbitrium, alterum quod codicillos eſſet relicturus, quos uxori quoque tradidiſſet. Succeſſor ab inteſtato litem inſtituit adverſus teſtatoris uxorem, contendens, teſtamentum jure non conſtare, tum quod in eo deeſſet expreſſa heredis inſtitutio, tum quod voluntas captatoria videretur, tamquam collata in arbitrium uxoris. Hæc contra quum exhibuiſſet nedum teſtamenti tabulas, ſed ſchedulam non ſolemnem, quam tamen teſtator teſtamento confirmarat, petiit hereditatem ex teſtamento. Quærebatur quid juris eſſet? Senatus Neapolitanus pronunciavit, ſequendum omnino eſſe teſtatoris judicium, tum in teſtamento, tum in codicillis confirmatis expreſſum. Conſtare quidem ait teſtamentum; nam quamvis in eo non videretur facta expreſſa heredis inſtitutio; inerat hæc tamen in illa enunciatione; *Laſcio Tarquinia mia moglie* Donna, e Padrona *di tutti i miei beni*

(a) Capicius Latro decis. 5.

ni ; nec hujuſmodi voluntas captatoria dici potuerit, quum ex ſchedulæ exhibitione appareret, teſtatorem quædam legata in illa ſcripſiſſe, quorum præſtationem haud contulerat in uxoris arbitrium ; ac propterea rejecta petitione ſucceſſoris legitimi decrevit, locum eſſe ſucceſſioni ex teſtamento. Sed quo jure valeret voluntas declarata in codicillis non ſolemnibus, confirmatis tamen teſtamento? Reſpondet Capicius Latro (*a*): *Sacrum Conſilium habuit pro vera dicta ſcriptura exhibita per Tarquiniam, non tantum ex illa probatione habere notam manum, quantum ex ipſo tenore ſcripturæ, in qua aderant nonnulla legata pia, immo legatum ad beneficium ejuſdem Tiberii de Vincentiis ejus nepotis* (qui egerat contra teſtamenti tabulas); & *quod plus erat, approbata, & confeſſata per eamdem heredem, de cujus intereſſe principaliter tractabatur*. Reſpuerat quidem veniens ab inteſtato legatum ſibi in ſchedula relictum, inſtans, ſucceſſionem ei debere ab inteſtato deferri; quin ſchedulam improbabat, tamquam non ſolemnem, ut tabulæ ita omnino rumperentur. Heres contra legatum obtulit, ratoſque ſe, aiebat, habere velle codicillos, licet non ſolemnes. Senatus ſcite cenſuit, relicta in ſchedula valere, tum quod contineretur favor cauſſæ piæ, tum quod heres ratam eam voluntatem habere velle declaraverat. Etenim, ut ex Ulpiano diſcimus (*b*), nullo jure prohibetur, quin ab herede impleatur defuncti voluntas in irritis codicillis relicta.

XVII. Hæc inquam habentur de ſchedulis revera non ſolemnibus, ac teſtamento confirmatis in univerſa quotidianarum quæſtionum collectione, quibus jus receptum ex-

(*a*) loco cit. in fine. (*b*) cit. l. 130. §. 17. de fideicommiſſariis libertatibus.

exprimitur. Hinc quiſque viderit, quanta religione, moribus noſtris præſertim, in foro ſervetur jus Theodoſianum de ſolemni quinque teſtium numero in quibuſcumque codicillis, tum non confirmatis, tum confirmatis teſtamento, ut ita in ſupremis defunctorum judiciis fraudibus occurratur. Duas quidem diverſas ſchedularum formas ex fori diſputatione animadvertimus; unas ſolemniter a teſtatore nuncupatas coram legitimo teſtium numero, ac Tabularii præſentia; alteras omnino non ſolemnes, licet teſtamento confirmatas. Primas uſus merito comprobavit, quum adſit ſolemnis nuncupatio, quæque reſpondet veteri ſolemni *teſtamenti nuncupationi* in teſtationibus per æs, & libram. Alteras nuſquam hactenus probatas deprehendimus, niſi in duabus illis ſpeciebus (*a*), in quibus heredes eas ratas habere voluerunt: nullo enim jure prohibetur heredibus defuncti ſequi judicium vel in irritis codicillis, ut ex Ulpiano monuimus (*b*). Quod ergo ſpectat receptam fori ſententiam in Italia præſertim, qua jus Theodoſianum obtinet de codicillorum ſolemnibus, palam eſt, non ſecus hujuſmodi ſchedulas admiſſas, niſi vel ſolemnis quinque teſtium numerus adhibeatur, uti Imperator ſtatuit in quavis ſuprema voluntate excepto teſtamento: vel agatur de ſcriptura ſolemniter nuncupata; quo nomine venit vulgata illa fori regula, *ut liceat teſtari per relationem ad ſchedulam*, ut jam demonſtravimus.

XVIII. At inquies, quid vetat, cur idem juris prin-

(*a*) in cit. nempe dec. Sacr. Rotæ Romanæ 651. part. 4 recent. tom. 1. & in altera a Capicio Latro relata Senatus Neapolitani decis. 5.

(*b*) cit. l. 30. §. 17. de fideicommiſſariis libertatibus.

principium perduci nequeat ad ſchedulas teſtamento confirmatas, eo ſaltem caſu, quo conſtat de ſcripturæ *identitate*? Jam vidimus, hoc repugnare expreſſo juri a Theodoſio præſcripto; tantum enim valet repetere ſchedulæ ſolemnia a teſtamento, quo confirmantur, quantum eas omnino non ſolemnes admittere; quum revera deſit tutior voluntatis fides, quæ certe ſine vera teſtium adhibitione haberi nequit. Sed quid obſtat, cur hæc tutior fides voluntatis non habeatur, ſi revera conſtiterit de ſcripturæ identitate? Quæ tutior deſiderari umquam poterit voluntatis probatio, quam illa *identitatis* ſcripturæ, qua defuncti judicium continetur?

XIX. Vel non intelligunt, quid dicant, vel iterum verborum ambagibus delectantur. Aio, in ſchedulis teſtamento confirmatis, quibus tamen abſit ſolemnis teſtium adhibitio, nec umquam haberi poteſt probatio *identitatis ſcripturæ*, ita ut prorſus delirent, qui hoc probationis genus exſpectaverint; naturaliter enim fieri nequit, ut teſtes, qui revera non adfuerint, teſtari valeant *ſcripturæ identitatem*. Notio *identitatis* eo revera pertinet, ut quum quis animum advertens ad aliquam rem, quam alias percepit, utraſque invicem mente ſua conferens, recordetur, ſive conſcius ſibi videatur, eam ipſam eſſe, quam alias ſe vidiſſe deprehendit, tum affirmat, quod *eadem* illa ſit, ſive diverſam eam non eſſe ab illa, quam alias perceperit. *Idem* porro a *diverſo* opponitur, quatenus ipſa re invicem comparata, ubi mens advertat eamdem prorſus notionem ubique offerre, *eamdem* eſſe dixerit; ſin diſtinctam, *diverſum* quidem affirma-

ma-

Digitized by Google

maverit (*a*). Ergo in ſchedula ſolemniter nuncupata facile intelligimus, quemadmodum haberi valeat probatio *identitatis ſcripturæ*, nam ubi teſtator eam teſtibus commonſtraverit in ſolemni illius nuncupatione, recte quidem poterit cognoſci ab ipſiſmet teſtibus, qui nuncupationi aderant. Etenim qui alias eam notarunt, conſcii ſibi eſſe poterunt, an *eadem* illa ſit, an *diverſa*; ideoque jure admittuntur ad *identitatis* probationem. At qui fiet, ut per teſtes, qui ſchedulam prius non viderint, teſtimonium perhibeatur *identitatis ſcripturæ*, ſi naturaliter fieri nequit, ut conſcius quiſque ſibi videatur ejus rei, quam alias non deprehendit? Quid porro exſpectabis probationem *identitatis* ab iis teſtibus, qui revera abfuerunt, quum ſchedulam teſtator conſcripſerit? Quo pacto inquam *eamdem* illam eſſe dixerint, ſi non prius iis offeratur, quam poſt mortem teſtatoris? Itaque quum recurrunt ad voluntatis probationem, vel ſibi blandiuntur, vel falſo interpretantur *identitatis notionem* in ſchedula

(*a*) Acute hæc vidit Lockius, quum diſtinguit notionem *identitatis* ab eo, quod *diverſum* appellamus. Ita loquitur lib. 2. Eſſai philoſophique concernant l'entendement humain chap. 27. §. 1. „ Une autre „ occaſion que nous avons ſouvent de faire „ des comparaiſons, c'eſt l'exiſtence meme „ des choſes, lorſque venant a conſiderer „ une choſe, comme exiſtant dans un tel „ temps, & dans un tel lieu determinè „ nous la comparons avec elle-meme, exi„ ſtant dans un autre temps; & par là „ nous formons les idèes d'*identitè* & de „ *diverſitè* .... Et c'eſt en cela que con„ ſiſte l'*Identitè*: je veux dire en ce que „ les idèes, auxquelles on l'attribue, ne „ ſont en rien differentes de ce qu'elles „ etoient dans le moment que nous conſi„ derons leur premiere exiſtence, & à „ quoi nous comparons leur exiſtence pre„ ſente. Car ne trouvant jamais, & ne „ pouvant meme concevoir qu'il ſoit poſſi„ ble que deux choſes de la meme eſpèce „ exiſtent en meme temps dans le meme „ lieu, nous avons droit de conclure, que „ tout ce qui exiſte en quelque part dans „ un certain temps, en exclut toute autre „ choſe de la meme eſpece, & exiſte là „ tout ſeul. Lors donc que nous deman„ dons, ſi *une choſe eſt la meme, ou non*, „ cela ſe rapporte toujours à une choſe, „ qui dans un tel temps exiſtoit dans une „ telle place, & qui dans cet inſtant ètoit „ certainement la meme avec elle-meme, „ & non avec une autre &c. „

Digitized by Google

teſtamento confirmata; quæ ſane non aliter fingi poteſt, niſi teſtes revera adfuerint vel illius ſcriptioni, vel nuncupationi, niſi mentiri velint.

XX. Dicet quis fortaſſe, quum teſtator teſtamento caverit, *ſe valere velle, quod codicillis, aut ſchedulis relinquat*, & deinde ſchedula reperiatur manu teſtatoris vel ſcripta, vel ſubſcripta, tum ubi litterarum comparatione manus teſtatoris a teſtibus cognoſcatur, ſi non ſcripturæ, ſaltem *voluntatis identitas* quodammodo probari videatur; conſtat enim, teſtatorem ſchedulam ſcripſiſſe, & alioqui ex confirmatione illius in teſtamento facta colligi poterit, non aliam eſſe teſtatoris voluntatem in ſchedula expreſſam, niſi eam, quam teſtamento indicaverat; ideoque ſatis erit, ſi habebitur *voluntatis identitas*.

XXI. Iterum in re ſeria verbis jocantur. Primo quidem nulla magis incerta eſt ſcripturæ probatio, quam ea, quæ fiat litterarum comparatione, ut ſtatuit Juſtinianus (*a*); adeo ut in ſupremis non videam, cur admitti valeat hujuſmodi probatio, quum non alia de cauſſa in illis ſolemnia jus conſtituerit, niſi ut ita differret probatio voluntatis in ſupremis, ac in ceteris actibus inter vivos; fruſtraque in defunctorum judiciis adducuntur ii probationum modi, qui expreſſo jure reſpuuntur. Sed etiamſi ex litterarum comparatione, aliiſque argumentis liceret defunctorum voluntates probari, quo ſane nil in jure abſurdius, num idcirco habebitur voluntatis *identitas*? Nonne alia eſſe poterit teſtatoris voluntas in ſchedula expreſſa ab illa, quam revera teſtamento confirmare intellexit? *Identitas* quidem

(*a*) l. 10. C. de fide inſtrumentorum.

dem voluntatis in hac ſpecie conſequitur ex ipſa *identitate* ſcripturæ, in qua ea continetur; ubi enim certi erimus, eamdem revera eſſe ſcripturam, quam teſtator teſtamento indicaverit, tum quoque dixerimus *eamdem voluntatem haberi*. Hoc ergo pendet omnino ex ipſamet ſcripturæ *identitate*, qua voluntas comprehenditur; ideoque idem eſt quærere de *identitate voluntatis*, ac de *identitate ſcripturæ*, quum una alteram neceſſario conſequatur; atque ubi hanc habere nequeas in ſchedula non ſolemni, licet teſtamento confirmata, nec illam habebis.

XXII. Sed liceat tandem, quæ hactenus lata expoſita ſunt in propoſita diſputatione hoc loco una colligere. Jus Theodoſianum de ſolemni quinque teſtium numero in quavis ſuprema voluntate præter teſtamentum nequit accommodari ad codicillos tantum non confirmatos, non item confirmatos teſtamento, niſi in legem manifeſtiſſime offenderis. Legum auctoritates, quæ in contrarium proferuntur ex Pandectarum libris, nedum perduci nequeunt ad novum jus codicillorum ab Imperatoribus præſcriptum, ſed prorſus alienæ ſunt a diſputationis propoſito; illic enim agitur, quemadmodum relictorum cauſſa valere dicatur, an ex teſtamento, an ex codicillis; hic vero de ſolemnibus jure novo conſtitutis. Rationes, quas offerunt, falſiſſimis quidem herent principiis: Si ſchedulam teſtamento confirmatam ſolemnem dicant, quod ſolemnia ex teſtamento accipiat, turpiter decipiuntur, quum ſolemnia etſi *ex jure* habeantur, *in facto* tamen conſiſtunt; nec aliter actus ſolemnis dicetur, niſi revera adhibeatur ritus a lege præſcriptus, quum quæ in facto conſiſtant, fictionem non recipiant. Hæc quantum ad ſinceram juris

Digitized by Google

Theodoſiani expoſitionem. Quum autem ad jus receptum deſcenderis, quicquid alibi ſervetur, certum eſt in Italia præſertim nuſquam hactenus receſſum a Theodoſii conſtitutione, tum in codicillis non confirmatis tum confirmatis teſtamento, quum revera uterque codicillus æque egeat iiſdem ſolemnibus ad tutiorem voluntatis probationem. Quod autem moribus obtinet de ſchedula ſolemniter nuncupata, nullo pacto perduxeris ad ſchedulam revera non ſolemnem, licet teſtamento confirmatam. Longe quidem diſtat prima ab altera; nam in illa revera adſunt juris ſolemnia, in hac vero agitur de fictitia ſolemnitate, nimirum verbo tenus, quantum rabulis occaſio offeratur legem fraudandi ſub nominum involucris. Quicquid demum congerunt de *identitate ſcripturæ*, ac voluntatis, ex dialectices regulis, quibus accepimus, quidnam *idem* dicatur, quidve *diverſum*, apertiſſime apparet, in quem errorem inciderint, qui unam *identitatis* rationem conſiderarunt, tum in ſchedula ſolemniter nuncupata, tum teſtamento confirmata, ſcriptaque ſine teſtium præſentia; ubi enim non adhibeatur teſtium præſentia in Schedula, ſive quum ſcribitur, ſive quum nuncupatur, numquam fiet, ut conſtare valeat, vel de ſcripturæ, vel de voluntatis *identitate*, niſi rerum notiones una cum recta nominum intelligentia perverteris. Hæc inquam de ſolemni quinque teſtium numero in codicillis vel teſtamento confirmatis. Sed quid erit, ſi non teſtamento, ſed aliis codicillis ſolemnibus ſit ſchedula confirmata? Hoc ſane numquam in diſputationem adductum eſt apud ſcriptores; quum haud fortaſſe exiſtimaverint, quæ dixerant de confirmata teſtamento, perduci etiam poſſe ad

Digitized by Google

ad confirmatam aliis ſolemnibus codicillis. Etenim leumg auctoritates, quibus utuntur, ut vidimus, licet falſo uſurpatæ in prima ſpecie, vix eſt ut ad alteram transferrentur. Verum quiſque viderit, quid huic dubitationi reſpondendum videatur, poſtquam animadverterit omnino comprehendi ſub Theodoſii lege quamcumque voluntatem præter teſtamentum.

§. Ultimus.

Refellitur Boehmeri ſententia quantum ad alteram ſuæ diſputationis partem.

I. POſtquam contenderat Boehmerus, conſtare poſſe ſine ſolemni quinque teſtium adhibitione codicillos teſtamento confirmatos, longius eo uſque progreditur, ut oſtenderet, eamdem doctrinam interdum etiam accommodari codicillis non confirmatis teſtamento, itemque ab inteſtato factis; ut ita, quoad poſſet, aſſertioni ſerviret ſuæ diſputationis, quam inſcripſit DE CODICILLIS SINE TESTIBUS VALIDIS. Quod ut præſtaret, enumerat peculiares quoſdam caſus, quibus valerent relicta in hujuſmodi codicillis, licet non ſolemnibus. Sed quam præpoſtere hoc oſtendere conetur, refert, ut modo videamus. Ait ergo, codicillos Principi oblatos, vel conditos apud Magiſtratum, vel factos a militibus, vel etiam a paganis, qui in hoſtico deprehendantur, vel conditos tempore peſtis, vel a Patrefamilias inter liberos, vel demum ubi quid relinquatur piis uſibus, licet non fuerint teſtamento confirmati, recte quidem conſiſtere ſine ſolemni quinque teſtium præſentia;

ut

ut propterea in his ſpeciebus locus non ſit conſtitutioni Theodoſii (a).

II. Mirum eſt, quo conatu exagitare Boehmerus ſtuduerit Theodoſi legem, ut undique eam circumduceret. Ecquis non videt, quam aliena hæc ſint ab Imperatoris conſilio, quum ſolemnia in codicillis præſcripſit, quin quam immerito hæc referantur ad diſputationis propoſitum? Quum Theodoſius novam codicillis præbuit formam a veteri diverſam, non aliud revera agere intellexit, niſi ut ſolemnes faceret teſtationes per codicillos expreſſas, quæ tales antea non erant; atque ubi de jure veteri codicilli, tum ad teſtamentum facti, tum ab inteſtato, tum teſtamento confirmati, tum non confirmati recte conſtabant ſine juris ſolemnibus, quo magis defunctorum voluntatibus proſpiceret adverſus falſariorum fraudes, novam iis formam conſtituit, qua iis ſolemnia adſcripſit. At nuſquam credidit conſtitutionem perducere etiam ad privilegiarias teſtationes; hoc enim nec præſtare poterat, niſi nova quoque lege negaret quidem iiſdem teſtationibus ea privilegia, quæ jam obtinuerant, ut nempe vagarent extra juris obſervationem, atque rigorem. Neque hic agimus de teſtationibus privilegiariis, in quibus nedum codicillorum, ſed & teſtamenti tabulis pari ratione leges ſolemnia remiſerunt; ridiculum enim eſſet dubitare, an in codicillis, puta militum locum habeant Theodoſii ſolemnia, ſi expreſſo jure milites teſtari valent præter juris ſolemnia nedum in codicillis, ſed in teſtamentis præſcripta. Revera in hujuſmodi teſtationibus quan-

(a) Vide quæ congerit cap. 2. ſuæ diſputationis ex §. 8. ad finem.

quantum ad ſolemnia non diſtinguuntur teſtamenta a codicillis, ſed una lege conſiderantur; ideoque non recte Boehmerus in ſuæ diſputationis propoſito exempla profert hujuſmodi codicillorum, quaſi in teſtamentis ſolemnia exigerentur. Teſtationes ergo privilegiariæ eadem ratione, qua haud comprehenduntur ſub ſolemnibus teſtamentorum, nec recipiunt juris obſervationem in codicillis præſcriptam. Hinc ubi in noſtro commentario pertractavimus, quicquid ad jus codicillorum pertineret, alienum duximus deſcendere ad teſtationes privilegiarias codicillis expreſſas; earum enim poteſtas quum non diſtinguatur a teſtamentis, ſed una juris ratione utraque teſtatio conſideretur, non ad codicillorum, ſed teſtamentorum materiam ea referenda magis videretur.

III. Proponit præterea Boehmerus exemplum codicilli facti ab inteſtato ſine ſolemni quinque teſtium adhibitione. Sed videamus, quid tandem ſibi velit cum ſuis *codicillis ſine teſtibus validis*. Cavit Juſtinianus (*a*): ſi teſtator ita fideicommiſſum relinquat, ut voce illud pronunciet vel heredi, vel cuivis alio, a quo præſtari velit, tum etſi hoc actum ſit ſine teſtium adhibitione, valere juſſit fideicommiſſum, dummodo illud is fateatur vel per jurisjurandi delationem, a quo relictum fuerit. Placuit quidem Imperatori, in fideicommiſſis relictis per nuncupationem loco teſtium ſequendam fidem illius, a quo relinquitur, ut non tam a teſtibus, quam ab eo, qui fideicommiſſum debeat, manifeſtetur teſtatoris voluntas, ut alibi notavimus (*b*). Sed quorſum hæc ad codicillum ad-

(*a*) In L. ult. C. de fideicommiſſis.
(*b*) Vide quæ diximus cap. 2. noſtri commentarii §. 1. n. 10.

admiſſum ſine ſolemni teſtium præſentia? Nimirum, inquit Boehmerus, valere dicuntur hujuſmodi relicta vel ſine teſtium adhibitione. Sed aliud eſt, Imperatorem quidem caviſſe in hac peculiari ſpecie, ut neceſſaria non habeatur probatio voluntatis ex aliorum teſtimonio; aliud valere codicillum ſine teſtium præſentia. Etenim numquam jure conſtabunt codicilli ſine ſolemni teſtium adhibitione, quum illorum fides habenda ſit ex eorum teſtimonio; quum vero Juſtinianus in gratiam fideicommiſſi per nuncupationem declarati voluit, ut vel jurisjurandi delatione cogatur is, a quo fideicommiſſum petitur, defuncti voluntatem aperire, non inquam effecit, ut codicillus valeret ſine teſtium præſentia, ſed ut in hac ſpecie loco teſtium ſtaret probatio voluntatis facta per manifeſtationem illius, a quo relinquitur. Nam, ut inquit (a): *Quum res per teſtium ſolemnitatem oſtenditur, tunc & numerus teſtium; & nimia ſubtilitas requirenda eſt. Quum autem is, qui aliquid ex voluntate defuncti lucratur (& maxime ipſe heres, cui ſumma auctoritas totius cauſæ commiſſa eſt) dicere compellitur veritatem per ſacramenti religionem, qualis locus teſtibus relinquatur; vel quemadmodum ad extraneam fidem decurratur propria, & indubitata fide relicta?* Potior quidem viſa eſt Imperatori propria heredis fides quovis extraneo teſtimonio; ideoque id tantum cavit, ut heres cogeretur ad manifeſtationem voluntatis, non item ut hujuſmodi codicilli valerent ſine teſtium præſentia.

JU-

(a) cit. L. ult. C. de fideicommiſſis.

JUSTI HENNINGI BOEHMERI

DISPUTATIO

DE CODICILLIS SINE TESTIBUS VALIDIS

Cum animadverſionibus , quibus Auctor ſuo quoquo loco notatur .

CAPUT I.

De Codicillis ad teſtamentum factis ſine teſtibus validis.

§. I.

Cauſſæ difficultatum juris Romani .

J*VS noſtrum , in quo quotidie verſamur , quod manibus terimus , variis difficultatibus ſubjectum eſſe nemo dubitabit ; ſive illud quoad theoriam examinemus , ſive , prout in ipſis rerum obtinet argumentis , intueamur . Equidem rationes horum ſcopulorum non unæ ab eruditis allegari ſolent , quas quidem enumerare , & excutere haud mihi integrum eſſe video ; interim tamen duo potiſſimum impedimenta tantum allegabo , quæ difficultatem hanc maxime augent , promoventque . Primo expeditum eſt ,* jus Romanum peregrino idiomate eſſe *ſcriptum , latino ſcilicet ; cujus uſus quidem in Academiis ſatis decantatus eſt , ſed ut*

Digitized by Google

plurimum ſuperficiarie tantum in ſcholis ICtorum ejus ratio haberi ſolet; quo ipſo factum, ut vim, & veram verborum, & terminorum indolem, virtutemque ICti ſæpe amiſerint, & in ipſius rei conceptum non recte penetrare potuerint. Reſtaurata quidem hodie quodammodo eſt genuina Juris Romani facies, poſtquam ICti nonnulli elegantiora ſtudia ad Jus Romanum conferre inceperunt; ſed rariores ſunt, qui illos ſequuntur, quoniam plerique perſuaſum habent, elegantiora ſtudia parum utilitatis futuro practico afferre, cum tamen abſque his non ſolida in jure eruditio, ſed vix ſuperficiaria haberi poſſit. Alterum impedimentum eſt ignorantia antiquitatum Romanarum, *& proceſſus Romani, ſtatuſque civilis, quæ tamen rationes juris ſæpiſſime ſuppeditant. Conſtat enim jus noſtrum vel ex principiis* naturalibus, *vel* civilibus; *illius rationes petendæ ſunt ex jure Naturæ, id quod ICti in deciſionibus ejuſmodi ſecuti ſunt; hujus vero ex civilibus cauſſis, quæ connexionem habent cum ſtatu publico, & civili. Ubi olim antiquitates Romanæ a Doctoribus negligebantur, incertis opinionum procellis ferebantur, poſtquam vero hodie e tenebris in lucem protractæ ſunt, priſtino ſuo nitori juris Romani prudentia reſtitui cœpit.*

§. II.

Conceptus Codicillorum non ita planus eſt.

Quod ſi exempla materiarum, in quibus hæc duo impedimenta difficultates pariunt, deſiderantur, infinita

ta quidem in promptu eſſent, ſi illa colligere animus eſſet. Pro ratione inſtituti mei nunc quidem ad codicillorum materiam provoco, quæ quidem ſatis plana eſſe videtur, ſi communem Doctorum opinionem intuemur. Aſt ſi quæ communiter doceri ſolent, paulo accuratius ſecundum Romanæ linguæ indolem examinamus, ſtatim apparebit, vel ipſum conceptum codicillorum plurimis adhuc incognitum eſſe. Et tamen ex eorum natura omnes jurium diſpoſitiones fluunt, veluti quod in iis hereditas non detur, & tamen fideicommiſſum univerſale conſtitui poſſit, cujus rei diverſitas ex ipſo conceptu codicillorum fluit (a). *Sunt vero plures adhuc difficultates, quæ ſuperari non aliter poſſunt, quam ſi conceptum eorum recte inveſtigaverimus; veluti an a Codicillis differat epiſtola fideicommiſſaria? an ſemper teſtes requirant, an dentur codicilli nuncupativi, & quæ ſunt hujus generis aliæ quæſtiones* (b). *In præſenti itaque diſſertatione illud potiſſimum enucleare curabo, an in codicillis ſemper teſtes ſint neceſſarii, cujus quidem deciſio plana eſſe videtur ex* L. ult. in fine C. de Codicillis, *& communi Doctorum aſſenſu; ſed tamen*

 non

(*a*) Perperam arbitratur, quum credit ex codicillorum nomine venire, ut non recte in illis hereditas daretur, licet per fideicommiſſum conſtaret; hoc enim non ex vocis, ſed ex intima juris Romani ratione proficiſcitur, ut mox videbimus.

(*b*) Aliud eſt rectam nominis intelligentiam tenere, ut ſinceram illius habeamus notionem, aliud quæſtiones in jure definiri ex vocis ſignificatione. Primum utile quidem videtur, non modo, ne verborum confuſione rerum obvolvantur notiones, ſed ut ex primæva nominis ſignificatione rerum ducatur origo. Alterum non ad vocis intellectum pertinet, ſed ad ſolida cujuſque doctrinæ principia, præſertim in juris arte explicanda, quæ non tam verbis, quam rebus potiſſimum inſiſtit.

Digitized by Google

non deerunt rationes, quibus oſtendi poteſt, illud haud univerſale eſſe, præſertim ſi Codicillos ex teſtamento dependentes, de quibus hoc capite agendum, ſupponamus, ut ut & in Codicillis ab inteſtato nonnumquam id uſu veniat, quos caſus ad caput ſequens reſervabo.

§. III.

Codicilli denotant vi vocis epiſtolam ſcriptam ad aliquem.

U*T ut vero alias otioſas vocum aucupationes, & explanationes negligendas cenſeam, tamen ubi natura rei ex vero, & genuino vocis intellectu deduci poteſt, illa non eſt omittenda. Vox* Codicillorum *quidem ambiguam habet ſignificationem*. Vide Coll. I. Arg. ad tit. de codicillis n. 3. *Sed varii hi ſignificatus non adeo inter ſe diſcrepant, ſaltim in eo conveniunt, quod denotent ſcripturam quandam ad alterum emiſſam. Et ſic primario denotat epiſtolam, vel literas ad aliquem ſcriptas* (a) *uti in hoc ſignificatu fere potiſſimum*

(*a*) Diſtinguere hic debuerat Boehmerus latinam *codicillorum* ſignificationem ab eorum notione, quatenus accipitur a Juriſconſultis. Quod ad primam attinet, falſo ſuſpicatur, non aliud eorum nomine revera venire, niſi *epiſtolas*; nam codicilli proprie dicti ſunt, quicquid tabellis ceratis ſcriptum eſſet, ſive epiſtolæ, ſive orationes, ſive poemata, ſive quid aliud in iis contineretur; non enim referebantur ad peculiare quoddam operis genus, epiſtolarum nempe, ſed tum ad materiam, in qua ſcribebatur, tum ad modum, quo tabellæ ſimul jungerentur. Vide quæ diximus cap. I. noſtri comment. n. I. & 2. Mox videbimus, quod ſpectat eorum notionem, ut jure conſideratur.

Digitized by Google

mum apud probatos autores occurrere ſolet. Sic Cicero lib.4. epiſt.12. *ita ſcribit*: Cum non longe a Piræo abeſſem, puer Acidini *obviam mihi venit cum codicillis, quibus erat ſcriptum*. Et lib.6. Epiſt.18.: Simul ut accepi a Seleuco tuas litteras, ſtatim quæſivi a Balbo per codicillos, quid eſſent in lege. *Porro* in lib.12. ad Attic. epiſt.8. *idem ſignificatus occurrit*: quæ deſideras, *ſcribit*, omnia ſcripſi in codicillis; *& in fine ita*: De Balbo & in codicillis ſcripſeram. *Sic etiam apud Tacitum* lib.1. Annal. *dicitur*: Is ad Tribunum miſerat codicillos, *hoc eſt, litteras*, & lib 4. Annal. *ibi*: Compoſuit ad Cæſarem codicillos. *Adhuc explicatius hac voce in hoc ſignificatu utitur Cicero* lib.2.ad *Q.* fratr. epiſt.10. *ajens*: Epiſtolam hanc convicio efflagitarunt codicilli tui. *Sic itaque quidem in genere epiſtolam denotarunt codicilli, aliquando tamen ſtrictius pro certo genere epiſtolarum codicilli ſumti ſunt, ſcilicet pro epiſtola ad præſentem ſcripta, quod probat Seneca his verbis* epiſt.55. in fine: Video te, mi Lucili, cum maxime audio, adeo tecum ſum, ut dubitem, an incipiam non epiſtolas, ſed codicillos tibi ſcribere. (a) *Quin & quandoque latiori in ſenſu epiſtolas publicas, ſeu reſcripta denotarunt*,

(*a*) Quæ afferuntur ſcriptorum loca non probant, niſi quod veteres codicillorum nomine quandoque ſignificaverint epiſtolas vel ad abſentes miſſas, vel ad præſentes, quod haud negamus. Sed non recte exinde conficitur, per codicillos epiſtolas venire. Epiſtolarum quidem nomen continet illud ſcriptionis genus, per quod animi ſenſa abſentibus aperimus; codicillorum vero exprimit materiam, in qua ſcribitur; nam quum in tabellis ceratis epiſtola ſcribetur, codicilli nominarentur. Hinc idem valet apud latinos, ſcribere in *codicillis*, vel per *codicillos*, ac ſcribere in tabellis

runt, *cum etiam hæc ſæpe* epiſtolæ *vocentur* §.2 Inſt. de his, qui ſui, vel alieni juris ſunt §.4. in fine Inſt. de fidejuſſoribus; *&* *hoc quoque intuitu* codicilli *nonnumquam in jure dicuntur* §. 4. Inſt. quibus modis jus patr. pot. tol. L.41. de excuſ. L.1. C. ut omn. judic. *conf. Barnab. Briſſon. ſub* voce codicilli.

§. IV.

Amplificantur hactenus dicta ad Codicillos, quatenus ſunt ultimæ voluntatis ſpecies.

C*UM itaque hæ tres ſignificationes in eo conſpirent, quod codicilli uſu communi loquendi apud Romanos denotaverint* epiſtolas, *ſive ad abſentes, ſive ad præſentes ſcriberentur, ſive denique ex Imperatorum indulgentia ad preces ſubditorum emanarent, ſatis probabile eſt, codicillos, qui tempore Auguſti, tamquam ultimæ voluntatis ſpecies approbati ſunt, quoad primam ſuam originem nihil aliud fuiſſe, quam* epiſtolam ſcriptam ad heredem de eo, quod poſt mortem ſuam ſcribens ab herede fieri vellet, *in quo conceptu cum plurima ſita ſint, hoc ipſum nunc ex jure probandum erit* (a).

§.V. Co-

ceratis. Idem dicendum de Imperatorum reſcriptis, quæ codicillis continebantur, ſive tabellis ceratis. Cetera notavimus cap.1. noſtri comment. loc. cit.

(*a*) Inſpecta codicillorum origine ſi conjectare velis, eos ſcribi tum ſolere potiſſimum epiſtolarum more, non prohiberis; at ſi intelligas, apud Juriſconſultos per codicillos nil aliud venire, niſi epiſtolam ad heredem ſcriptam,

Digitized by Google

§. V.

Codicilli nihil aliud erant, quam epiſtolæ; quod probatur (I.) ex origine.

HOC *ipſum vero ſatis conſpicuum redditur (I.) ex origine horum codicillorum, quam Imperator* in pr. Inſt. de codicillis *ſatis diſtincte tradit, ſcilicet Lucius Lentulus Romæ fecerat teſtamentum, & Auguſtum filiamque ſuam inſtituerat heredes, eodemque teſtamento caverat, ut ſi quos poſtea codicillos ſcriberet, ii ex eo teſtamento valerent. Cum poſtmodum in Africa morti vicinus eſſet, ſcripſit codicillos ad heredes, petiitque ab Auguſto herede ſuo, ut aliquid faceret, ſeu præſtaret poſt mortem ſuam. Hic ſane non alia diſpoſitio per Codicillos intelligi poteſt, quam epiſtola quædam, cum eo tempore codicilli nihil aliud denotarent, ut §. III. evictum eſt. Non enim ulla ratione oſtendi poteſt, per codicillos aliud aliquid eo tempore intellectum fuiſſe, & ſic ſecundum uſum communem loquendi illius temporis diſpoſitio Lentuli æſtimanda eſt* (a). *Jam quidem hactenus*

prorſus ineptiveris; quum perſpicuum ſit, in jure ſignificaſſe *non ſolemnem teſtatoris voluntatem*, quatenus a teſtatorum ratione diſtinguitur. Vide quæ notavimus loc. cit. n.3.

(*a*) Iterum nugatur cum epiſtolarum, ac codicillorum nominibus. Quod Lentuli ætate codicilli ſcriberentur more epiſtolarum, an idcirco non aliud eos eſſe dixeris in jure, quam *epiſtolas?* Sed utcumque illos conſideraveris, tamquam epiſtolas ad heredes ſcriptas, quid porro hoc pertinet ad jus codicillorum? Aliud eſt animadvertere in hujuſmodi voluntatibus ſcripturæ modum, aliud juris rationem; quæ ſane ſi una confundantur, numquam cognoſces, quid revera in jure haberi debeant.

Digitized by Google

ctenus inauditum erat, per epiſtolam, vel codicillos heredi aliquid injungere, quod ei neceſſitatem imponeret voluntatem defuncti implendi. Sed nihilominus Auguſtus heres voluntatem ejus implebat, & filia Lentuli legata præſtabat ex epiſtola patris, quæ jure ordinario non debebat. Uti vero exempla Principum facile ſubditos ad imitationem rapere ſolent; ita quoque deinceps alii Auguſti autoritatem ſecuti fideicommiſſa ex ejuſmodi epiſtolis ad heredem ſcriptis præſtabant. Quo ipſo factum, ut Auguſtus ſuaſu ICtorum, & imprimis Trebatii magnæ tunc temporis autoritatis ICti, codicillorum uſum lege probaret, & in utilitatem civium introduceret, cum non ſemper civibus integrum eſſet, teſtamenta concinnare, maxime, ſi peregrinationes facerent. Poſt quod tempus cum & Labeo codicillos feciſſet, jam nemini dubium erat, quin codicilli optimo jure admitterentur. Erat enim Labeonis maxima autoritas, adeo ut Tacitus lib. 3. Annal. *illum, & Attejum Capitonem* duo pacis decora *nominet; ſed in eo Labeonem Capitoni præponat, quod* eſſet incorrupta libertate, & ob id fama celebratior, cum e contra Capitonis obſequium dominantibus *magis probaretur. Atque hinc Labeonis autoritas apud populum libertatis amantem plus ponderis habuiſſe videtur L. 2. §. 47. ff. de origine juris* (a). *Sic itaque ſatis conſtat, ratione primæ originis codicillos fuiſſe meras epiſtolas a defuncto ad heredem ſcriptas.*

§. VI.

(a) Vide quæ diximus de origine codicillorum cap. 1. §. 1.

Digitized by Google

§. VI.

Probatur II. ex eo quod in jure promiſcue etiam epiſtolæ vocentur.

Conſtat quoque II. id ipſum exinde, quod in jure noſtro codicilli paſſim epiſtolarum *nomine veniant. Evidenter id patet ex* L. teſtamento 89. pr. *ff.de legatis* 2.*ubi ICtus ita*: Quæro, cum teſtamento ſignificaverit, ſi quid obſignatum recepiſſet, vice (*hoc eſt jure*) codicillorum valeret, epiſtola autem non ſit obſignata, an quæ epiſtola continentur ad filium pertineant? Reſpondi ſi fides epiſtolæ relictæ conſtaret, deberi, quæ in ea dare ſe velle ſignificavit. *In hoc textu codicilli, & epiſtola promiſcue ſumuntur, ex quo certum indicium naſcitur, codicillos ejuſmodi per modum epiſtolæ ſolemnis ſcriptos fuiſſe* (a). *Idem ulte-*

Kk

(*a*) Jam vidimus cap. I. noſtri comment. §.10. n.18., & 19.quid proprie apud Juriſconſultos veniret nomine *codicillorum*, quid *epiſtolarum*, licet utrumque contineatur ſub generali codicillorum ſignificatione. Si quid per fideicommiſſum relinquebatur in codicillis, *epiſtolam* potiſſimum veteres nominarunt,ſive *epiſtolam fideicommiſſariam*, quæ vox ſimplicior videbatur ad exprimenda fideicommiſſorum relicta. Quod vero relinquebatur per verba directa, *codicillos*, ſive *codicillos confirmatos* magis appellabant, ut cit. loco probavimus. Hinc nil mirum, ſi Conſultus in hac lege *epiſtolæ* nomine intelligit prælegatum filio relictum verbis præcativis; nec inde conſequitur, codicillos in jure non haberi, niſi epiſtolas. Nam utcumque Conſulti eos nominaverint quantum ad preſſiorem illorum ſignificationem, tum codicilli proprie accepti, tum epiſtolæ fideicommiſſariæ veniunt ſub uno juris intellectu, quod nempe contineant voluntatem non ſolemnem a ſolemni diſtinctam, quæ habetur in teſtamento.

Digitized by Google

ulterius evincitur ex L. uxorem 41. §. 2. ff. de legatis 3. *ubi rurſus codicilli, & epiſtola promiſcue ſumuntur. Ut ut enim hæc duo inter ſe opponi videantur in verbis*: Utrum eidem Damæ ex verbis codicilli ab heredibus præſtandi ſint, an vero ad Sejam uxorem ex verbis epiſtolæ pertineant; *tamen antecedentia demonſtrant, de codicillis tantum ſermonem fuiſſe, & quæ diſpoſitiones ibi occurrunt, generali nomine codicillorum veniunt* (a).

§. VII.

Codicilli, & epiſtola fideicommiſſaria non differunt.

E*Quidem non deſunt, qui inter codicillos, & epiſtolam fideicommiſſariam differentiam quamdam obſervant, quæ agnita fuiſſe videtur ab Imperatoribus in* L. 7. C. qui teſtamenta facere poſſunt, *ubi ita*: *quod & in codicillis, & fideicommiſſariis epiſtolis jure ſcriptis obſervandum erit, quibus verbis inter ſe hæc duo diſtingui videntur* (b). *Differentias autem has aſſignat Petrus Mullerus* in notis ad Struvium ex. 34. th. 68., *I. ratione ſcripturæ*; *quod*

(*a*) Nullibi, quam hoc juris loco Boehmerus apertiſſime arguitur; quo quidem diſtinguere voluit Conſultus *codicillum* verbis directis conceptum ab *epiſtola* verbis precativis, ut latius oſtendimus loco cit. n. 19.

(*b*) Non ab Imperatoribus, ſed a Juriſconſultorum lingua primum cœpit haberi diſcrimen inter *codicillum* preſſius acceptum, & *epiſtolam fideicommiſſariam*, ut diximus.

Digitized by Google

quod ſcilicet epiſtola ſemper eam deſideret, licet codicilli poſſint eſſe nuncupativi. II. ratione præmiſſæ ſalutis, ſine qua epiſtola non concipitur. III. ratione illius ad quem epiſtola dirigitur, qui in epiſtola eſt amicus forte aliquis, aut propinquus, in codicillis autem ſemper heres ſupponendus. IV. ratione legatorum, quæ in codicillis præſertim teſtamento confirmatis dari poſſunt. Sed hæ differentiæ nullo modo fundatæ ſunt. Nam hoc numquam autor prælaudatus probabit, codicillos ab initio, & maxime jure Digeſtorum potuiſſe abſque ſcriptura fieri, quin ſemper ubi in Digeſtis ſit mentio codicillorum, præſupponuntur ex natura ſua ſcripti. Inde etiam Ulpianus in L.3. ff. de teſtam. milit., *ubi clauſulæ codicillaris mentionem injicit, ita ait*: quemadmodum plerique pagani ſolent, cum teſtamenta faciunt PER SCRIPTURAM adiicere: velle hoc etiam vice codicillorum valere; *ex quo patet, olim tantum teſtamentis ſcriptis clauſulam hanc adjectam fuiſſe*(a). *Quod vero jure Codicis alíud introductum ſit, id juris ſequi oris eſt, & hujus rationem deinceps excutiemus* (b). *Altera differentia itidem haud ſubſiſtit. Nam & in codicillis præmiſſio ſalutis de jure antiquo occurrit. Audiamus Marcellum, qui in* L. 56. de fideicom. libert. *ita ait*: *deinde codicillis ita cavit*. Lucius

Kk 2

(*a*) An codicillos veteres admitterent, nedum per *ſcripturam*, ſed per *nuncupationem* latius egimus cap. 1. noſtri comment. §. 4. Nec prorſus ad rem facit hic Ulpiani locus, ut ibi oſtendimus num. 3.

(*b*) Non inquam ex jure Codicis Juſtinianei cœperunt codicilli per *nuncupationem*, ſed nec veteribus ignoti fuere, nulla enim juris ratio obſtabat, quominus teſtamenti exemplo fieri non potuerint per nuncupationem, ut probavimus loc. cit.

Digitized by Google

cius Titius heredibus primis, & ſubſtitutis ſalutem. *Hic adeſt formula codicillorum, in quibus ſalutationis præmiſſio, ut in epiſtolis occurrit* (a). *Aliud exemplum occurrit in* l.37. §.3. ff. de legatis 3., & §.2. L.35. L.30. §.1. de adim. vel transf. legat. *De quibus, & ſimilibus textibus poſtea ſpecialiter dicendum erit. Sed nec ſemper in epiſtolis ſalutationem per ſe olim rem neceſſariam fuiſſe evicit Lauterbach.* diſſ. de epiſtola th.32. *cum etiam in jure noſtro epiſtolæ inveniantur, quæ nullam ſalutationem præmiſſam habent* L.12.§.12. mandat.L.5.§.3.L.21.& 26.de conſtit. pec. L.75. pr. ff. de legat.2 L.4. de adimed. vel transf. legat. *Tertia differentia itidem non ſtringit; quando enim quæſtio eſt de epiſtola fideicommiſſaria, illa ordinarie etiam dirigitur ad heredem, vel ad eum, qui ex beneficio, & voluntate defuncti aliquid habet, quod clariſſime apparet* ex L. 75. pr. ff. ad S. C Trebell, *ubi ICtus ita inquit*: Epiſtolam ad heredem ſuum in hæc verba ſcripſit, & *in* L.37. § 3. de legatis 3 *patet, epiſtolam fideicommiſſariam ad filium ſuum ſcripſiſſe dicitur, qui ex donatione patris aliquid poſſidebat. Ultima denique parum in receſſu habet; poſtquam enim legata fideicommiſſis exæquata ſunt* L.1.ff.de legatis 1. *legata ſine dubio in codicillis, & epiſtolis, quæ non differunt, niſi ſono vocis, relinqui poſſunt* (b). *Hiſce præmiſſis con-*

(*a*) Salutis præfatio non utique pertinuit ad formulam codicillorum; nam in teſtamentis quoque comperimus apud veteres hujuſmodi ſalutis præfationes. Vide L. 34. §.1., & 6. de legatis 2.

(*b*) Quicquid interpretibus placuerit de differentia inter *codicillos*, & *epiſtolas*; revera eo tantum vertebatur, ut codicillis proprie dictis *legata* relinquerentur, *epiſtolis* fideicommiſſa. Perperam autem Boehmerus repetit exæquationem legatorum cum fi-

conſpicuum eſt, *ex* L. 7. C. qui teſtamenta facere poſſunt *non inferri poſſe*, *olim differentiam fuiſſe*; *cum particula* et *non ſemper ſeparet*, *aut diſtinguat*, *ſed ſæpe duo vocabula idem ſignificantia conjungat*, *vide Strauch.* de particul. juris ſub voce ET (a)

§. VIII.

Explicatur Lex ultima principio ff. de legatis 2.

AGnoſcit etiam Cardinalis Mantica de conject. ult. vol. lib. 2. tit. 11. n. 2. & 3. *nullam in effectu inter codicillos*, *& epiſtolam eſſe differentiam*; *tamen ratione modi*, *& formæ aliquam ſupereſſe exiſtimat*, *deceptus ex* L. fin. pr. ff. de leg. 2., *quaſi ibidem codicilli ab epiſtola diſtinguerentur*. *Caſus in dicto textu eſt talis*: *Quidam in teſtamen-*

deicommiſſis ex L. 1. de legat. 1. præſertim quantum ad varias hujuſmodi relictornm cauſſas; quum in comperto ſit, quicquid Conſtantinus formularum ſuperſtitiones abrogaverit, non ante Juſtinianum in unam prorſus juris rationem adducta; ut nil penitus diſtarent relicta per verba directa a fideicommiſſis. Vide quæ longius hanc in rem attulimus cap. 2. noſtri comment. §. 4. n. 2., & 3.

(a) Quoniam falſo credidit ex L. 1. de legatis 1. jam ſublatum quodcumque juris diſcrimen inter legata, & fideicommiſſa, ubi in citata L. 7. C. qui teſtamenta facere poſſunt aperte diſtinguuntur codicilli ab epiſtolis fideicommiſſariis: *Quod in codicillis*, *& fideicommiſſariis epiſtolis* ... *obſervandum erit*, Boehmerus putavit ea verba *in codicillis*, *& fideicommiſſariis epiſtolis* veluti ſynonima haberi. Quid facies huic legum interpreti? Verum patet, hanc legem Valentiniani eſſe, cujus ætate adhuc ſtabat differentia relictorum per verba directa, ac precativa, ideoque diſcriminantur *codicilli* ab *epiſtolis fideicommiſſariis*.

mento caverat, ſi quid obſignatum recepiſſet (vel ut alii legunt reperiſſet *ſcil. heres*) *id ipſum jure codicillorum valeret. Reperta eſt epiſtola ad heredem ſcripta non obſignata, ibi non quærit ICtus, an hæc epiſtola jure codicillorum valeret; ſic enim forſan diſtinxiſſe hæc duo dici poſſet, ſed potius ita*: An quæ epiſtola continentur, ad filiam pertineant? *De hoc ergo non erat quæſtio, an non hæc epiſtolæ eſſent codicilli, ſed an tales codicilli non obſignati valerent? Olim enim codicilli teſtamento confirmari ſolebant; jam ergo inde ratio dubitandi petebatur, an tantum illi codicilli a teſtatore in præcedente teſtamento confirmati fuiſſent, qui eſſent obſignati, non vero qui non obſignati invenirentur, quo ipſo videbantur nullius eſſe efficaciæ. Sed nihilominus ICtus contrarium decidit, quoniam ſufficiebat, generaliter codicillos eſſe confirmatos, præſertim cum nec obſignatio præciſe requireretur. Unde quando Mantica rem ita definit*, valuiſſe hoc in caſu diſpoſitionem non jure codicillorum, ſed jure epiſtolæ fideicommiſſariæ, *differentiam adſtruit rerum, quæ ſono differunt, re conveniunt, ſicuti ipſe poſtea non diffitetur, epiſtolas tales etiam valere jure codicillorum, hoc eſt, unum, idemque eſſe*. (a).

§.IX.

(*a*) Agnoſco ineptam Manticæ interpretationem in relato Scævolæ reſponſo; quum nec Conſulti ſententia, nec quæſtio propoſita pertineat ad differentiam *codicillorum* ab *epiſtolis*. Sed miror Boehmerum, qui legis ſententiam exponere conatur, plura congerere prorſus aliena a Conſulti mente. Non inquam illic agitur de jure confirmationis in codicillis; ſed quærebatur, an epiſtola valeret, licet non obſignata contra ea, quæ teſtator ſignificaverat teſtamento, ut nempe id vice codicillorum valere vellet, quod a ſe obſignatum reliquiſſet. Sed vide hujus reſponſi expoſitionem, quam protulimus cap.1. noſtri comment. §.3. nu.7. & ſeq.

Digitized by Google

§. IX.

(III.) Codicilli dicuntur ſcribi ad heredem.

S*Icuti itaque epiſtolæ ſcribuntur ad amicum, vel tertium quemdam, ita quoque nunc (III.) in jure paſſim de codicillis dicitur, quod* ſcribantur ad heredem, *vel ad eum, cui ex beneficio defuncti aliquid obvenerat, quod rurſus indicium præbet, codicillos nihil aliud, quam meras epiſtolas defunctorum fuiſſe. Sic in* L. 11. ff. de jure codicillorum *ita dicitur:* Qui gravi utero uxorem eſſe ignorabat, codicillis ad filium ſcriptis, libertates dedit; *& in* L. 19. ff. *eodem ibi;* is, qui unum filium habebat, cum codicillos ad eum ſcripſiſſet, deceſſit inteſtatus; *& deinceps:* ad quem codicillus factus eſt: *Item in* L. 14. pr. ff. eod. *ubi dicitur:* Quia heres, ad quem ſermonem conferat, in rebus humanis non eſt. *Expreſſius idem evincitur ex* L. alumnæ 30. §. 2. de adim. vel transf. legat., *ubi ICtus notanter ait:* Eodem die codicillos ad heredes ſuos ita ſcripſerat. *Jam uti in* §. 3. *notatum, ex uſu communi loquendi* codicillos ad aliquem ſcribere *idem denotavit, ac* epiſtolam ad aliquem ſcribere (*a*).

§. X.

(*a*) Nemo dubitaverit, veteres quidem codicillos potiſſimum ſcripſiſſe ad modum epiſtolarum, ut vel heredibus, vel legatariis, vel fideicommiſſariis eos inſcriberent. Ergone codicilli in jure non ſecus habendi ſint, quam epiſtolæ ad familiares ſcriptæ? Nollem Boehmerum, quum in jure verſetur, in dialecticam offendere. Præterea non quod potiſſimum vel heredibus, vel legatariis inſcribentur, colligere licet, non ſecus ſcribi potuiſſe, quam ſervatis hujuſmodi inſcriptionibus, quaſi aliter in jure non valerent; hoc enim nil ineptius dici potuerit. Etenim non inſcriptionibus, ſed juris norma regi debuerant.

§. X.
(IV) Codicilli per modum epiſtolæ fuerunt ſcriptæ.

SEd & illud (IV.) *non omittendum, codicillos per formam epiſtolæ ad heredem communiter directos fuiſſe. Ut ut enim ante notatum ſit, non ſemper epiſtolas habuiſſe præmiſſam ſalutationem, tamen recte infertur, ubi præmiſſa ſalutatio occurrit, hanc ipſam ſcripturam epiſtolam repræſentare. Hujuſmodi exempla infinita in jure noſtro occurrunt. Ex multis pauca tantum afferam. In* L. 35. §. 3. de legatis 3. *hæc formula occurrit*: Codicillis confirmatis ita cavit: Tiburtibus municipibus meis, amantiſſimiſque, ſcitis &c. & *in* L. 37. §. 2. eod. *dicitur*: Deinde codicillos per fideicommiſſum confirmavit, quibus ita cavit: Lucius Titius Sejæ heredi ſuæ, quam pro parte dimidia inſtituit, ſalutem; & *in* L. 30. de adim., vel transf. legatis, *ibi*: Heredibus meis ſalutem; & *in* L. ult. ff. de fideic. libert., *ubi ICtus ita*: Deinde codicillis ita cavit: Lucius Titius heredibus primis, & ſubſtitutis ſalutem: *conf.* L. 34. §. 1. de leg. 2. *Si ergo codicilli in forma epiſtolæ ſcripti fuerunt, ſane olim non fuit differentia inter* diſponere per codicillos, & per epiſtolam (a).

§. XI.

(*a*) Quoniam, argumentatur Boehmerus, in codicillis ſalutis præfatio adjiciebatur, conſequitur idem fuiſſe *teſtari per codicillos, ac teſtari per epiſtolam*: Si quæſtio tantum vertatur de nomine, haud negaverim, utrumque dici potuiſſe; at ſi velis exinde conficere, idem in jure haberi epiſtolas familiares, ac codicillos, prorſus deliraveris. Jus cadit in eos codicillos, ſive epiſtolas, quibus ſuprema defuncti voluntas continetur: quo ſenſu nil commune habent epiſtolæ familiares cum codicillis. Nolim verborum fallacia rerum notiones perverti.

Digitized by Google

§. XI.

Quare hereditas fideicommiſſaria, & non directa in codicillis relinquatur?

ET *ex hoc primo concepta nunc facile conſtat, cur in codicillis non detur hereditas directa, bene tamen fideicommiſſaria?* (a) *Ait Juſtinianus in* pr. Inſtit. de codicillis, *a Lentulo codicillorum autore fideicommiſſa quoque originem traxiſſe; ex quo ſatis probabile redditur, in ipſis codicillis Lentulum quoque ab Auguſto reliquiſſe fideicommiſſa. Videlicet quemadmodum epiſtola præſupponit eum, ad quem ſermonem dirigimus, a quo aliquid per literas petimus, quocum agimus; ita itidem codicilli non facere, ſed jam heredem præſupponere debuere, quocum teſtator per codicillos loqueretur, & cui aliquid injungeret; ordinarie enim diriguntur ad heredem: Inde quod poſt obitum heredis codicillis legatum, vel ademtum eſt, nullius momenti eſſe dicitur in* l. 14. §. 1. de jure codicillorum *ob hanc rationem*, quia heres, ad quem ſermonem conferat, in rebus humanis non eſt, eaque ademtio, & datio tunc vana efficietur, *ſicuti in genere epiſtola effectu caret, ſi is, ad quem directa eſt jam deceſſit. Aſt fideicommiſſa ſunt ejuſmodi negotium, quod potiſſimum in epiſtolis, & codicillis conſtitui poteſt. Fiebant olim per rogationes, & ſerias petitiones, ſimul-*

 que

(a) Exſpecta, quæ abſurda juris principia inferat Boehmerus ex ſuis verborum fallaciis.

que hæ ipſæ ad heredem dirigebantur, ut ſcilicet hereditatem, vel rem ſingularem reſtitueret. Aſt vero in literis ad tertium ſcriptis maxime ſolemus rogare, & petere, vel a tertio aliquid poſtulare; atque adeo nihil convenientius fuit, quam codicillis fideicommittere. Unde rurſus in jure infinita exempla occurrunt, quæ oſtendunt, ejuſmodi formulas olim fuiſſe adhibitas, quales in literis adhiberi ſolerent (a). *Sic in* l.108. §.13. de leg.1. *occurrit hæc formula*: Te, Titi rogo, fideique tuæ committo; & in l.34. pr. de leg.2. *in hæc verba Titia ad filiam codicillos compoſuit*: A te autem Maevia filia chariſſima peto. *Quin & codicillis commendabant heredibus eum, quem fidei*

(*a*) Quæ Boehmerus hic affert tanto verborum ambitu, eo redunt, ut quum codicilli inſcriberentur ad modum epiſtolarum iis, cum quibus teſtator loqui videatur, factum eſt ne illis darentur hereditates directæ; ſed per fideicommiſſum: in directis quidem imperativo modo teſtator ſe gerit, in fideicommiſſariis vero precativo; & quoniam epiſtolis non tam utimur imperativis verbis, quam precativis; hinc eſt, inquit Boehmerus, in codicillis veluti epiſtolis non ſecus hereditatis dationem permiſſam, ac per fideicommiſſum, ut mos epiſtolarum ſervaretur. Næ hæc numquam excidiſſent a Grammatico quopiam, ne dicam a Juriſconſulto. Non inquam ex epiſtolarum formulis juris pendet doctrina, quum ſua propria agnoſcat principia nata ex rebus ipſis, non ex Rhetorum præceptis. Brevi fideicommiſſa, uti & codicilli non tam lege, quam moribus deſcenderant: hereditatis autem datio, tamquam ex lege teſtamento tantum conſtare poterat. Ut autem ſine expreſſa legis offenſione admitteretur in codicillis teſtatio univerſi defuncti patrimonii, oportuit recurrere ad fideicommiſſorum naturam, quorum poteſtas moribus quoque confirmata eſt. Sed vide quæ longius dicta ſunt cap.1. noſtri comment. §.2. num.2. & 3. Ex illo falſo juris principio aberrat quoque Boehmerus a recta expoſitione relatæ l.14. §.1. de jure codicillorum, cujus interpretationem attulimus cit. cap.1. §.10. num.17.

fideicommiſſo honorare volebant , quale exemplum occurrit in l.34. §.7. ff. de leg.2. *ubi Titia in codicillis caviſſe dicitur* : Cajum Sejum virum meum commendo tibi , o filia , cui volo dari &c. ; *cujuſmodi commendationes iterum ſunt proprium literarum negotium . Imo ſicuti in literis fiduciam , quam erga eum , cui amice ſcribimus , concepimus , ſolemus demonſtrare ; ita quoque non infrequens erat fideicommiſſa hoc modo in codicillis relinquere . Exempli loco ſit* l.37. §.3. de leg.3. *ubi propterea codicillos vocat* epiſtolam fideicommiſſariam , *& hac formula utitur* : Lucio Titio filio ſuo ſalutem . Certus de tua pietate fidei tuæ committo , conf. l.39. pr. eodem . *Quæ omnia ulterius illuſtrant , codicillos nihil aliud ab initio fuiſſe , quam meras literas ad heredem ſcriptas* (a) .

§. XII.

Non quævis literæ ſunt codicilli .

CUm *itaque codicilli certum genus litterarum ſint ; inde tamen non ſtatim omnes literæ , quibus hereditas promittitur , vel animi affectus exprimitur , vim hujuſmodi codicillorum habere poſſunt* l.17. ff. de jure codicillorum . *Codicilli enim , quatenus vim ultimæ voluntatis habere debent , debent eſſe diſpoſitiones , hoc eſt , ut heredi præſtatio alicujus rei poſt mortem teſtatoris in*

(*a*) Quæ proferuntur ex juris libris exprimunt formulas , quibus veteres uti ſolerent in fideicommiſſis ; quæ ſane precative concipiebantur ; ſed falſo conjicitur , non aliud codicillos jure fuiſſe , quam epiſtolas ad heredes ſcriptas , ut jam oſtendimus .

iis injungatur, & ſic ſpeciatim exprimatur, quid præſtandum ſit. Aſt ejuſmodi literæ generales, de quibus in l. 17. cit. *agitur, non ſpecifice diſponunt, non tunc, quando tantum affectus animi exprimitur; quia non ſtatim aliquid in alterum ex patrimonio noſtro transferre volumus, erga quem affectum noſtrum conteſtamur; nec tunc, quando hereditas literis promittitur; nam nuda promiſſio de futura diſpoſitione non eſt diſpoſitio præſens, nec ex epiſtola poteſt quis heres fieri* l. 52. pr. de pact. l. 13. & 14. de probat.

§. XIII.

Codicilli poſſunt dirigi ad ipſum legatarium, vel fideicommiſſarium.

Illud poſtremo adhuc notandum eſt, quod etſi codicilli, ſeu epiſtolæ ordinarie dirigantur ad heredem ſecundum §. 9., *tamen poſtea receptum eſſe, ut etiam potuerint dirigi ad ipſum fideicommiſſarium, ſeu legatarium. Elegans deciſio hac de re occurrit in* l. 75. pr. ff. de legatis. 2., *ubi Papinianus ita:* Miles ad ſororem epiſtolam, quam poſt mortem ſuam aperiri mandavit, talem ſcripſit: Scire te, volo donare me tibi aureos octingentos. *Quærebatur, an codicilli hujuſmodi valerent; Ratio dubitandi enim erat, quod non eſſent directi ad heredem, ad quem ratione ſuæ originis dirigi debebant. Sed nihilominus ICtus decidit deberi: & ne quis putet, hoc ſingulare eſſe in teſtamento militum, ideo addit:* Nec aliud probandum eſſe in cujuslibet ſuprema voluntate; placet enim, *per-*

pergit, conſiſtere fideicommiſſum, etſi defunctus cum eo loquatur, quem precario remuneratur (*a*); *ubi quidem in vulgata editione pro* etſi *legitur* ac ſi; *ſed revera ſanum ſenſum lectio talis non habet* Cujac. lib. 2. obſ. 3., *vel pro* remuneratur *ſubſtituendum eſt* rogat; *ut ſenſus ſit, ita hoc capiendum eſſe, ac ſi teſtator cum illo locutus eſſet, qui precario rogatur*.

§. XIV.

Codicilli ab initio teſtamento confirmabantur.

H*Actenus itaque multiplici ratione evictum eſt, codicillos nihil aliud ratione ſuæ originis fuiſſe, quam literas defuncti ad heredem regulariter ſcriptas, ut ut quandoque poſſint ad legatarium, vel fideicommiſſarium ſcribi. Potiſſimum autem ab initio dirigebantur ad heredem ſcriptum; ſenſim autem introductum eſt, ut etiam ad heredem ab inteſtato dirigi poſſent* l. 16. de jure codicillorum

(*a*) Quod hic affertur ex Papiniano, non codicillorum, ſed fideicommiſſi ſpectat rationem, ut perperam crediderit Boehmerus, hoc repetendum ex epiſtolarum formula, quum æque licuerit codicillos inſcribere vel heredibus, vel legatariis, aut fideicommiſſariis. Porro fideicommiſſa æque valere videbantur, ſi teſtator loqueretur cum herede, vel cum eo, cui fideicommiſſum præſtandum ſit; ideoque ait Papinianus: *placet enim conſiſtere FIDEICOMMISSUM &c.* In fideicommiſſis enim *quæri non oportet* (inquit idem Papinianus l. 77. §. 26. de legatis 2.) *cum quo de ſupremis quis loquatur, ſed in quem voluntatis intentio dirigatur*. Vide quæ diximus cap. 1. noſtri comment. §. 7. n. 6.

Digitized by Google

lorum (*a*). *Et quidem quod codicillos ad heredem teſtamentarium ſcriptos attinet, ſolebant communiter teſtamento confirmari; quem in finem hac formula in teſtamentis utebantur*: Si quos codicillos reliquero valere volo l. 56. pr. ff. de fideic. libert., *quemadmodum etiam Lentulus primus codicillorum conditor, illos ſuo teſtamento antecedenter confirmaverat; non tamen talis confirmatio erat abſolutæ neceſſitatis, ſed diſtinguebatur inter codicillos ante, & poſt teſtamentum conditos. Hi confirmatione non indigebant, ſed nihilominus vires ex teſtamento capiebant* l. 3. §. 2. ff. de jure codicil.; *illi vero olim neceſſario confirmandi erant, ne alias per teſtamentum correcti viderentur* l. 5. ff. eodem. *Atque huc reſpexiſſe videtur Plinius ſecundus* lib. 2. epiſt. 16. *ajens*: Tu quidem pro cetera tua diligentia admones me, codicillos Aciliani, qui me ex parte inſtituit heredem, pro non ſcriptis habendos; quia non ſunt confirmati teſtamento. Quod jus ne mihi quidem ignotum eſt; cum ſit iis etiam notum, qui nihil aliud ſciunt. Sed ego propriam quamdam legem mihi dixi, ut defunctorum voluntates, etiamſi jure deficerentur, quaſi perfectas tuerer. Conſtat autem codicillos iſtos Aciliani manu ſcriptos. Licet ergo confirmati non ſint teſtamento, a me tamen ut confirmati obſervabuntur. *Sed poſt conſtitutionem Severi, & Antonini hæc neceſſitas confirmandi codicillos remiſſa eſt, modo appareret, eum, qui teſtamen-*

(*a*) Iterum nugatur, quum in codicillis quoque ab inteſtato *jus epiſtolarum*, ut ita dicam, agnoſcit. Quid autem juris ſit in hujuſmodi codicillis, vide quæ latius dicta ſunt cap. 1. noſtri comment. §. 7.

Digitized by Google

mentum fecit, *a voluntate*, *quam in codicillis expreſſerat*, *non receſſiſſe* §.1. Inſtit. de codicillis conf. Anton. Faber lib.15. conject. cap.15. (*a*).

§. XV.

Confirmatio ad quid utilis.

Licet vero confirmatio codicillorum non erat neceſſitatis, *tamen maximam nihilominus habebat utilitatem*, *ut eo intimius codicilli cum teſtamento connecterentur*, *& ita ex codicillis valeret*, *de quo alias in codicillis diſponi non poterat*; *magis enim pro parte*, *& acceſſorio teſtamenti*, *quam pro ſeparata diſpoſitione habebantur* (a). *Quod ipſum nunc oſtendendum*, *cum inde eo facilius ad metam propoſitam perveniamus*. *Sic heres directus in codicillis ſcribi non poteſt*, *quod per manus traditum eſſe dicitur* in l.10. ff. de jur. codicillorum, *adeo ut talis inſtitutio ſit nulla* l.6. pr. eod. §.2. l. eod. *nec pater directo liberis ſuis hereditatem in illis relinquere poſſit* l.76. ad S. C. Treb. *Sed quid ſi teſtator aſſe toto non diſtri-*

(*a*) Quod perturbate profert de codicillorum confirmatione, ſive fiant ante, ſive poſt teſtamentum, fruſtra hic refellendum arbitramur, quum latius rem omnem expoſuerimus cap.1. noſtri comment. §.10. & 11.

(*b*) Omnes codicilli ad teſtamentum pertinentes, tum confirmati, tum non confirmati teſtamento, veluti illius partes, ac ſequela conſiderantur. Scribebantur autem *legata* in confirmatis, *fideicommiſſa* dumtaxat in non confirmatis; atque *legata* in codicillis relicta ex teſtamento valere dicebantur ob eorum confirmationem in teſtamento factam, ſcilicet juris fictione, qua videri poterat, ac ſi relicta eſſent ipſo teſtamento, cit. cap.1. §.10.

Digitized by Google

ſtributo ita caverat : Quem heredem codicillis fecero, heres eſto, *& deinceps in codicillis heredem Titium ſcribat? valebit illa inſtitutio* ideo, *ait ICtus*, quod licet hereditas in codicillis dari non poſſit, tamen hæc ex teſtamento data videtur; ſed hoc tantum ex hereditate habebit, quantum ex aſſe reſiduum manſit. *Hoc caſu* (1) *valida eſt heredis inſtitutio in codicillis deſignata, quæ alias per ſ. invalida, &* (2) *quidem, ut directo valeat non per modum fideicommiſſi, ut in* l.76. ad S. C. Trebel.; *atque hinc integram portionem accipit, non detracta Trebellianica, quæ alias detrahenda foret, ſi jure fideicommiſſi partem ſuam acciperet*. (3) *Fundamentum deciſionis in eo quæritur, quod quia codicilli* ſpecifice *antecedenter confirmati ſint, & teſtator eo ipſo ſe ad illos referat, non tam in codicillis, quam in teſtamento hereditas data videatur. Ex quo ipſo evincitur, ſpecialem confirmationem codicillorum id operari, ut id, quod in codicillis diſponitur, pro eo habendum ſit, ac ſi in teſtamento diſpoſitum eſſet* (*a*).

§. XVI.

Confirmationis codicillorum in teſtamento factæ utilitas ulterius oſtenditur.

S*imile exemplum occurrit* in l. 10. ff. de conditionibus inſtitutionum, *ubi ICtus hanc inſtitutionem factam in te-*

(*a*) Loquitur de l.77. de heredibus inſtituendis, quam perperam interpretatur. Vide quæ latius dicta ſunt in noſtra diſput. conſectaria §.2. n.3., & ſeq.

teſtamento valere ait: Si ſervum heredem codicillis ſcripſero, heres eſto, vel cujus nomen codicillis ſcripſero, ille mihi heres eſto, *cum videatur in teſtamento facta, quod ſe ad futuros codicillos refert* (*a*). *Ex eodem fundamento ICtus in* L. 38. ff. de conditionibus, & demonſtrationibus *aliam format concluſionem ajens*: Si ita ſcripſero, quantum codicillis Titio legavero, licet codicillis legatum explicetur, tamen ex teſtamento valet. *Quare autem legatum ex codicillis non valet? quia ſcilicet teſtator antecedenter codicillos confirmavit, & ſe per expreſſum ad illos retulit, ut adeoque diſpoſitio codicillaris ad teſtamentum referri debeat* (*b*). *Hactenus quidem exempla adducta ſunt, ubi* ſpecifice *confirmati ſunt futuri codicilli*; *ceterum ſi generalis ſit confirmatio, idem dicendum eſſe videtur per* L. 36. pr. de teſtam. milit., *ubi ICtus ita diſponit*: Militis codicillis ad teſtamentum factis (*hoc eſt per teſtamentum confirmatis* (*c*)) etiam hereditas jure videtur dari: quare ſi partem dimidiam hereditatis codicillis dederit, teſtamento ſcriptus ex aſſe heres partem dimidiam habebit. *Neque vero quis putet, hic ſingulare privilegium militum*

(*a*) Expoſuimus hanc legem loco cit.

(*b*) Hoc eſt aperte calumniari ipſam legis ſententiam, qua ideo valere dicitur legatum ex teſtamento, quod eo revera datum videbatur, licet illius quantitas codicillis explicetur. Vide quæ diximus cit. diſput. conſectaria §. 2. n. 7. & ſeq.

(*c*) Male inquam interpretatur *ad teſtamentum factis* pro confirmatis teſtamento. Palam eſt ex libris juris, per codicillos ad teſtamentum factos, ſive pertinentes ſignificari eos, qui non ſunt facti ab inteſtato, ſive quod ſint teſtamenti appendices, ac ſequela. Contra *confirmati teſtamento* dicebantur, quos teſtator teſtamento comprobaverat. Vide cap. 1. noſtri comment. §. 6. n. 1.

Digitized by Google

tum occurrere (a), *quaſi illi ex privilegio poſſint in codicillis heredes directo ſcribere; nam id quidem doceri nequit* (b); *ſed quod codicilli teſtamento confirmati ſint; & ita heredis inſtitutio ad teſtamentum praecedens referri debeat* (c).

§. XVII.

Ulterius id illuſtratur.

N*Ovam concluſionem ex hiſce fundamentis producit Ulpianus in* L.3. pr. de teſtam. tut., *ubi dicit*: Teſtamento datos tutores accipere debemus, qui codicillis teſtamento confirmatis ſcripti ſunt. *Pro teſtamentario itaque tutore habetur, qui in codicillis antecedenter confirmatis ſcriptus eſt, quoniam in teſtamento datus videtur, ex quo inferunt*: confirmata quod fit in diſpoſitione, cenſetur fieri in confirmante. *Gothofred. in* not. ad cit. L. lit. K. *Atque ad hunc caſum nunc refero regulam juris vulgatam*: quae-

(a) Miror, a Boehmero negari, quod nedum ex aliis juris locis, ſed vel ex hoc ipſo aperte apparet.

(b) Niſi prorſus caecutiveris. Ex integro titulo Pandectarum de teſtamento militis placet tantum referre, quod Ulpianus tradit ex Principum conſtitutionibus in l.1. *Sequutus animi mei integritudinem erga optimos, fideliſſimoſque commilitones, ſimplicitati eorum conſulendum exiſtimavi, ut quoquo modo teſtati fuiſſent, rata eſſet eorum voluntas. Faciant igitur teſtamenta, quomodo volent: faciant, quomodo poterint, ſufficiatque ad bonorum ſuorum diviſionem faciendam NUDA VOLUNTAS TESTATORIS.* An, putaverit Boehmerus, teſtamenta quidem facere potuiſſe, quomodo voluerint, vel potuerint, non item codicillos?

(c) Pudet refellere, quod cuique patet.

Digitized by Google

quæcumque in codicillis ſcribuntur, perinde habentur; acſi in teſtamento ſcripta eſſent. l.2. §.2. de jure codicillorum, *quod de aliis, quam teſtamento antecedente confirmatis intelligi nequit, uti hactenus exempla allata evincunt. Idem repetitur in* l.14. ff. eod.: codicilli pro parte teſtamenti habentur, *quod itidem de codicillis, ad quos teſtamentum mediante confirmatione ſe refert, eſt intelligendum; nam alioquin quoque heredis inſtitutio directa in codicillis deſignata valeret, modo teſtamentum adſſet, ut ut illud ſe ad codicillos haud referret. Id quod incongruum eſſe videtur; & licet prædicti textus generaliter de codicillis loquantur, tamen loquuntur de eo, quod olim fiebat ut plurimum; quia ut plurimum in teſtamentis ſolebant confirmari* (a).

§. XVIII.

Removetur dubium.

E*Quidem contra hæc, quæ hactenus aſſerta ſunt, objici poſſet: quod licet confirmatio expreſſa deficiat, tamen illa ſemper ſubintelligatur, & tacite ineſſe videatur per* l.3. §.2. ff. de jure codicillorum, *ubi JCtus expreſſe ait:* Teſtamento facto, etiamſi codicilli in eo confirmati non eſſent, vires tamen ex eo capient. *Verum JCtus illud tantum evincit, codicillos non confirmatos nihilominus ſubſiſtere, & validitatem ex teſtamento conſequi,* ita

Mm 2

(a) Limpidam juris doctrinam de codicillis confirmatis, ac non confirmatis expoſuimus cap. 1. noſtri comment. §. 10., ut fruſtra hic ea repetenda videatur.

ita ut hoc valente, illi quoque valeant, vel, ut dicit Paulus in L. 16. in fin. eodem: jus ſequuntur teſtamenti, *hoc ſcilicet præſuppoſito, ut de tali materia illic fuerit diſpoſitum, quæ ad codicillos quadrat, veluti, ſi legatum, ſi fideicommiſſum relictum ſit: Aliud ergo eſt,* an codicilli non confirmati valeant ex teſtamento? *Id quod affirmatur, ut ut quod ita debetur, non tamquam ex teſtamento, ſed tantum ex codicillis peti debeat: & aliud an id, quod in codicillis hiſce diſpoſitum eſt, valeat, perinde ac ſi in teſtamento eſſet ſcriptum? quod negatur; atque ita tutoris datio, heredis inſtitutio &c. in hujuſmodi codicillis data, non ſubſiſtit, quæ ſubſiſtere deberet, ſi regula in §. antecedenti adducta ad hunc quoque caſum pertineret.* Clarius *declarat Paulus hoc ipſum in* L.5 §.14. de his, quæ ut indign. auf., *ubi ait*: Qui principale teſtamentum arguit, repellitur quoque a codicillis ad teſtamentum factis, licet non confirmatis. *Ratio conſequentiæ hæc eſt; quia enim codicilli valorem ſuum ex teſtamento habent, licet ſint diſpoſitio ſeparata, tamen ex ipſo, quo quis teſtamentum impugnat, impugnat ſimul codicillos, qui ex teſtamento valent. Breviter codicilli non confirmati ſeparatam quidem diſpoſitionem conſtituunt, ſed tamen validitatem ſuam ex teſtamento antecedente conſequuntur: Confirmati vero plane teſtamentis ineſſe creduntur, ut quicquid in iis ſcriptum ſit, in teſtamento ſcriptum credatur* (a).

§.XIX.

(*a*) Vide quæ latius diximus loco cit.

Digitized by Google

§. XIX.

Olim in codicillis ad teſtamentum factis non requirebantur teſtes.

UT vero appareat, qua ratione codicilli etiam non confirmati jus teſtamenti ſequantur, & ex eo validitatem capiunt, deveniendum nunc eſt ad illud ipſum, de quo principaliter hac diſputatione agendum eſt, ut tamen quæ dicta ſunt, præmitti debuerint, quia ſequentia alias ſine his non recte intelligi poſſunt. Scilicet adeo olim codicilli etiam non confirmati ſequebantur jus teſtamentorum, ut nullam plane ſolemnitatem propriam, & ſic nec teſtes deſiderarent, ſed potius omnem virtutem ſuam ex teſtamentis traberent (*a*). *Quod*

(*a*) Confundit hic principio Boehmerus juris regulam omnibus codicillis communem, factis tamen ad teſtamentum, ſive confirmatis, ſive non confirmatis cum ſolemnitatis notione. Ait ergo eos olim propria ſolemnia non habuiſſe, ſed ſolemnes ex teſtamento cenſeri; quum vires ex eo caperent, illiuſque jus ſequerentur. Verum haud animadvertit, quid illud revera eſſet, *vires capere ex teſtamento*, *jus ſequi illius*, quidve ſolemnium nomine in jure veniat. Quod ad primum attinet, codicilli ad teſtamentum facti ideo ſequi dicuntur *jus teſtamenti*, ac *vires ex eo capere*, quod veluti illius appendices nequeunt conſiſtere, niſi & teſtamentum conſtiterit; pars enim ſine toto ſtare nequit; adeo ut rupto, irrito facto teſtamento, ſtatim & codicilli evaneſcant, cap. I. noſtri comment. §. 9. Quod vero ſolemnia ſpectat, jam vidimus apud veteres ſolemnes omnino non fuiſſe; non modo quod propria non haberent ſolemnia, ſed nec ſolemnes umquam conſideratos ex ſolemnitate teſtamentorum; hoc enim expreſſo juri, ac rationi repugnat. Vide quæ late diximus in noſtra diſput. confectaria, §. 3.

Quod recte animadvertit Bachovius ad f. tit. de fideic. hereditate §. ult. verbo qui in fideicommiſſis. *Conſtat id ipſum tum ex ratione antea dicta, tum imprimis ex indole propria epiſtolarum, quippe quas codicilli, ut hactenus evictum eſt, conſtituunt. Incongruum ſane foret, teſtes epiſtolis adhibere, quippe quæ ex natura ſua propria ſola ſcribentis voluntate per ſe contentæ ſunt, nec ullam ſolemnitatem deſiderant* (a). *Et inde eſt, quod in toto Digeſtorum jure haud legamus, umquam deſideratum fuiſſe, ut teſtes in codicillis adhiberentur, id quod ſi eo tempore neceſſarium fuiſſet, vel ſaltem in unico loco, cum tot textus de codicillis ibidem occurrant, id indicatum fuiſſet, id quod tamen factum non eſt.* I*n Codice contra ſæpius teſtium ſit mentio, licet rariores ibidem de codicillis textus occurrant, quia ibidem novum jus conſtitutum eſt* (b).

§. XX.

Probatur id ipſum porro ex origine codicillorum.

P*Robatur id ipſum ulterius ex prima codicillorum origine. Notum eſt, quod ICti, quos Auguſtus pro uſu codi-*

(*a*) Iterum hallucinatur quum non diſtinguit *ſolemnem teſtium præſentiam* ab illa *teſtium adhibitione*, quæ nudam tantum voluntatis ſpectat probationem; primam quidem codicilli non exigebant, non item alteram; nam non recte conficitur, ideo teſtes codicillis non adfuiſſe, quod propria non haberent ſolemnia; ſolemnem enim teſtium præſentiam præſcriptus eorum numerus facit. Nec refert, epiſtolarum nomine eos interdum in libris juris appellari, ut idcirco teſtes iis non adfuerint. Sed vide quæ hanc in rem plenius notavimus cap. 1. noſtri comment. §. 3.

(*b*) Hujuſmodi conjecturæ occurritur cit. cap. 1. §. 3. num. 4. & ſeq.

Digitized by Google

codicillorum introducendo in conſilium advocaverat, maxime hac moti fuerint ratione; ut Auguſto auctores fierent de approbandis codicillis, quod ſcilicet utiliſſimum, & neceſſarium *hoc civibus fore crederent propter magnas, & longas peregrinationes, in quibus eis non ſemper integrum eſſet ob defectum teſtium condere teſtamentum, ut tamen hac ratione codicillos facere poſſent* pr. Inſt. de codicillis. *Revera itaque peregrinantibus non fuiſſet conſultum, ſi quinque teſtes ſtatim ab initio adhibendi fuiſſent, cum rarius accidat, ut peregrinantes quinque teſtium, & quidem civium Romanorum, qui olim erant neceſſarii, copiam habere potuerint. Ergo probabiliter inde concluditur, ideo hoc in commodum peregrinantium eſſe introductum; quia ita abſque teſtibus diſponerent per ſolas literas, quæ ex ſe, & ſua natura teſtes non admittunt* (a). *Huc reſpexit Paulus in* L. 8. §. 2. ff. de jure codicillorum, *ajens*: Codicilli toties valent, quoties quis teſtamentum quoque facere poſſit. Non tamen hoc ita intelligemus, ut exigamus, potuiſse eum eo tempore, quo ſcribit eos codicillos, teſtamentum facere: quid enim ſi ſufficientium teſtium facultatem non habuit? Sed ſi jure teſtamenti factionem habuit. *Quod ſi itaque ſufficientium teſtium facultatem non ha-*

(*a*) Perperam ex una re in alteram pene diverſam argumentatur. Peregrinantium quidem utilitatis ſatis proſpexerunt Prudentes, quum codicillos non ſolemnes admitterent; at nulla cauſſa eſt, cur teſtium praſentia, & quidem præter cives Romanos, non deſideraretur probationis cauſſa. Non ergo quod teſtium numerus non eſſet præſcriptus, nec neceſſaria videretur adhibitio teſtium civium Romanorum, colligere poterat Boehmerus, nullos omnino teſtes iis adfuiſſe.

habeat teſtator, poterat diſponere codicillis, quippe qui nullos teſtes deſiderarent, ut adeoque toties potiſſimum codicilli adhiberentur, quoties teſtator teſtium copia deſtitueretur. In hoc enim neceſſitas, & utilitas verſatur, de qua antea Imperator loquutus erat, quod propter illum uſus codicillorum ab Auguſto eſſet approbatus (a).

§. XXI.

Probatur id porro ex L.89. principio de legatis 2.

U*Lterius id ipſum liquido probatur ex* L.89. pr. ff. de legatis 2., *ex qua caſus talis poteſt deduci. Titius teſtamento filium, & uxorem heredes inſtituerat, ſimulque in eo ſignificaverat, ſi quid obſignatum reliquiſſet, jure codicillorum valeret. Poſtea epiſtolam ſcribebat, qua quicquid filius in peculio habuit, ei donavit, & adjecit, præcipua hæc eum, ſuique juris, & poſt mortem habere velle; ſed tamen hæc epiſtola non erat obſignata; unde dubitatum fuit*

(*a*) Non video, quid Boehmerus ſibi velit ex hac Pauli ſententia. Exponit Conſultus, quemadmodum quis dicatur factionem codicillorum habere; atque ait eum facere poſſe codicillos, qui & teſtamenti factionem habeat, ſive qui jure ad teſtationem admittitur. Non autem addit, hoc ita intelligendum, quaſi eo tempore, quo ſcriberet codicillos, teſtamenti factionem eatenus habere videatur, ut præſto ſit ſolemnis teſtium numerus; nam teſtamenti factio non ad teſtium refertur adhibitionem, ſed ad juris præſcriptum, quo teſtandi facultas alicui permittatur. Ergone Paulus affirmare intellexit nullam teſtium præſentiam in codicillis adeſſe debere? Quid quæſo commune habet Pauli ſententia cum quæſtione de teſtium adhibitione in codicillis?

Digitized by Google

fuit, an quæ epiſtola continentur, ad filium pertinerent? Reſpondit ICtus: Si fides epiſtolæ relictæ conſtaret, deberi, quæ in ea dare ſe velle ſignificavit. *Hic totam rationem decidendi quærit ICtus in fide epiſtolæ, ſi ſcilicet certum ſit eandem a defuncto ad heredem emiſſam eſſe: quæ ratio ſane eſſet abſona, & frivola, ſi teſtium ſufficienti numero fuiſſet inſtructa; quia ita ex teſtium ſubſcriptione ſatis de fide epiſtolæ conſtitiſſet. At vero cum teſtes non adhiberentur, hinc ſæpe dubitari poterat de fide codicillorum, vel epiſtolæ* (a).

Item ex L. 88. §. 17. de Legatis 2.

A*Tque huc quoque refero illius Lucii Titii teſtamentum, de quo mentio fit in* L. 88. §. 17. de legatis 2., *ubi dicit, ſe hoc teſtamentum ſuum ſcripſiſſe* ſine ullo juris perito, rationem animi ſui potius ſecutus, quam nimiam, & miſeram diligentiam, & ſi minus aliquid legitime, minuſve perite feciſset, pro jure legitimo haberi debere hominis ſani voluntatem. *Sane nimia illa, & miſera diligentia potiſſimum in teſtium numero conſiſtebat, quem neglexerat Lucius Titius, & cum unice ſuam voluntatem pro fundamento poſuerat, & ex ea diſpoſitionem valere volebat, non ex teſtium numero ipſa valere potuiſſet, qui probabiliter non adſuerunt. Atque tamen hanc diſpoſitio-*

(*a*) Tantum abeſt, ut ex hac Conſulti ſententia oſtendatur, nullos codicillis teſtes adhibitos, quin contrarium omnino probatur, ut vidimus cit. cap. 1. §. 3. n. 7., & ſeq.

tionem valere ICtus ait, quia ex mente ejus codicilli poterant induci (a).

Ulterior probatio deducitur ex L.77. §.23. de legatis 2.

IDem porro evincitur ex L.77. §.23. ff. de legatis 2. *ubi filius matrem heredem ſcripſerat, & fideicommiſſa tabulis data* cum jurisjurandi religione *præſtare rogaverat: quærebatur, an cum teſtamentum* nullo jure *factum eſſet, tamen ſubſiſtere propter adjurationem accidentem? Quod affirmatur*; Nam, *ait ICtus*, enixæ voluntatis preces ad omnem ſucceſſionis ſpeciem porrectæ videbuntur: *Hic unice fundamentum ICtus quærit in enixiſſima voluntate per adjurationem declarata, unde animus codicillos faciendi etiam colligi poſſet, neutiquam vero ex quinque teſtium numero deciſio deſumitur, cum probabile ſatis ſit, teſtes nullos in ea ſpecie fuiſſe adhibitos* (b).

§.XXII.

(*a*) Hujuſmodi ſpecies, quæ a Scævola refertur, eo pertinet, ut licet teſtamentum veluti injuſtum nullius momenti eſſet, transformata eſt tamen voluntas in eo declarata in codicillos ab inteſtato. Ejusquidem rationem plenius attigimus cap.1. noſtri comment. §.8. n.2., ut propterea hic non ſit repetenda. Ceterum quod attinet ad Boehmeri argumentationem, non recte colligit, ideo nullos teſtes in ea voluntate adhibitos, quod non jure facta diceretur. Deerat fortaſſe ſolemnis teſtium numerus in teſtamentis præſcriptus; at hoc non efficit, defuiſſe quoque teſtium adhibitionem pro voluntatis probatione.

(*b*) Idem repetimus in hac ſpecie, quod de altera jam diximus. Dubitabatur porro, an injuſtę tabulæ converti poſſent in codicillos ab inteſtato. Numquam contendimus, in hujuſmodi facti ſpeciebus interceſſiſſe *ſolemnem quinque teſtium numerum*; hoc enim retulimus ad Theodoſii conſtitutio-

§. XXII.

Removetur dubium ex L. 8. §. 4. ff. de jure codicillorum.

S*ED removendum eſt aliquod dubium, quod poſſet contra hanc doctrinam moveri ex* L. 8. §. 4. ff. de jure codicillorum, *ubi ICtus ait*: Si miles teſtamentum quidem ante militiam, ſed codicillos in militia fecerit, an jure militari valeant codicilli quæritur; quoniam teſtamentum jure communi valet, niſi militiæ tempore ſignaverit, vel quædam adjecerit (*hoc enim facto potuiſſet etiam teſtamentum valere jure militari*) *Reſpondet ICtus*: Certe codicilli militiæ tempore facti, non debent referri ad teſtamentum, ſed jure militari valent. *Ex hoc textu colligitur, potuiſſe etiam codicillos jure militari valere* (a); *jam in eo potiſſimum inter diſpoſitionem juris communis, & militarem quærenda differentia; quod illa teſtium ſufficientem numerum, hæc nullos teſtes deſiderat, atque adeo codicilli militares ab illis, qui ſecundum jus commune facti erant, in eo olim hanc differentiam agnoviſſe videntur, quod illi te-*

nem, ut nil ineptius, quam in veterum Juriſconſultorum ſententiis quærere, an ſolemnia in codicillis adhiberentur; quum aperto jure conſtet, nullam prorſus ſolemnitatem eos deſideraſſe. Quod ergo non fuerint ſolemnes, non recte conficitur, nullos propterea teſtes adfuiſſe; diverſa enim ſunt ſolemnis teſtium præſentia a ſimpliciori illorum adhibitione, qua voluntatis probationi conſuleretur. Expoſitionem autem hujus legis ſententiæ ſuo loco monuimus cit. cap. 1. §. 8. n. 2.

(*a*) Suavis profecto eſt hujuſmodi conjectio, quaſi dubitari poſſet, an codicilli umquam conſtiterint jure militari.

teſtes, hi nullos deſiderent (a). *Verum in eo quæſiviſſe ICtum diverſitatem colligitur ex ipſa deciſione: videlicet codicilli jus teſtamentorum ſequuntur, & validitatem ex teſtamento habent. Quod ſi ergo poſt teſtamentum rumpatur, vel aliter infirmetur, codicilli quoque ſubvertuntur. Aſt vero hoc ipſum non contingere in hujuſmodi codicillis militaribus ICtus ait, quippe qui ſe non neceſſario ad teſtamentum præcedens referunt, ut inde vires capiant, ſed proprio jure ſubſiſtunt, jure ſcil. cet militari. Unde a legatis, & fideicommiſſis in illis relictis non detrahitur Falcidia, vel Trebellianica, & teſtamento licet vel maxime ex poſt facto infirmato, adhuc ſubſiſtunt. Unice ergo in eo* κρινόμενον *erat, an tales codicilli ſe ita referrent ad teſtamentum, ut ejus jus ſequerentur? quod negatur.*

§. XXII.

(*a*) Ridicula prorſus dubitatio. Nec codicilli facti jure communi, nec militari ſolemnes habebantur, ideoque haud deſiderabant præſcriptum numerum teſtium, quum lex ſolemnia iis non conſtituerit. Verum ea teſtium adhibitio, qua voluntas conſtaret, æque in unis, ac in alteris neceſſario exigebatur; quin Paulus L. 40. de teſtamento militis aperte deſiderat probationes legitimas in teſtationibus militum: *Militibus*, inquit, *quoquo modo velint, & quomodo poſſunt, teſtamentum facere conceſſum eſſe* (quod ait de teſtamentis intelligendum eſt quoque de codicillis, quum quantum ad juris effectus inter ſe ſe non differant) *ita tamen, ut ita ſubſequutum eſſe LEGITIMIS PROBATIONIBUS oſtendatur*. Ineptum ergo eſt quærere diſcrimen quantum ad voluntatis probationem inter codicillos de jure communi, ac militari, quum probatio voluntatis æque in unis, ac alteris legitime conſtare debuerat.

Digitized by Google

§. XXIII.

In codicillis ab inteſtato etiam nulli teſtes olim neceſſarii erant.

Atque hoc quidem planum eſſe videtur in codicillis ad teſtamentum factis; gravior difficultas eſt de codicillis abſolutis, teſtamento nullo extante; quia hic jure Digeſtorum nondum determinatum reperio, utrum olim etiam hic teſtes neceſſarii fuerint, necne? (a) *Hujuſmodi codicillorum mentio injicitur in L.* 16. *ff.* de jure codicillorum, *in qua tamen lege hoc aſſeritur*, quod tales codicilli nihil deſiderent, ſed vicem teſtamenti exhibeant; *quorum verborum non hic ſenſus eſt, quaſi tales codicilli ſolemnia teſtamentorum ordinaria ad ſui ſubſiſtentiam requirant, alioquin non amplius codicilli, ſed teſtamentum perfectum forent. Verum comparatio codicillorum cum teſtamento hic tantum* ſecundum quid *inſtituitur, hoc ſenſu, quod ſicuti teſtamentum per ſe ſubſiſtat, nec alterius adjumento ad ſui validitatem indigeat; ita etiam tales codicilli abſoluti hoc intuitu vicem teſtamenti exhibeant, & jure proprio ſubſiſtant. Et hac ratione in cit. L* 16. nihil aliud deſiderare *dicuntur, hoc eſt nec teſtamentum antecedaneum, nec teſtes. Nam cum etiam tales codicilli pro epiſtola ad heredem ab inteſtato ſcripta haberi debeant, hæc vero per ſe nullos teſtes requirat, & præterea*

(*a*) Nihil apertius jure Pandectarum, quam nulla juris ſolemnia codicillis adſcripta; quod ſane omnia codicillorum genera complectitur, ſive ad teſtamentum facta, ſive ab inteſtato. Sed quemadmodum exinde non recte conjicitur, nullos teſtes adhibitos in factis ad teſtamentum, ita nec in confectis ab inteſtato.

rea in jure Digeſtorum nullibi reperiatur, ut hoc caſu teſtes adhibeantur, ſatis probabile eſt, codicillos abſolutos olim nullos teſtes deſideraſſe (a). *Atqui huc etiam pertinet teſtamentum Lucii Titii, de quo agitur in* L.88. §.17. ff. de leg.2. *quod ſupra jam explicitum, & ſimul dictum eſt, diſpoſitionem illam per modum codicillorum ab inteſtato valuiſſe, ut ut nulli teſtes adfuerint* (b).

§. XXIV.

Plura codicillis poſtea ſunt ſuperaddita.

Atqui hæc quidem primis temporibus, ubi codicilli introducti ſunt, obtinuerunt. Sed ſicuti alias jura non ſemper ibi ſubſiſtere ſolent, ubi inceperunt, ita ſenſim, & pedetentim nova forma codicillis ſuperaddi cœpit. Sic enim ex poſt facto remiſſum videtur, ut non præciſe in forma ſolemnis epiſtolæ diſpoſitio codicillaris, ſed aliis quibuſcumque verbis fieret, qua praxi ſemel admiſſa, tandem etiam permiſſum eſt, ut abſque ſcriptura nuncupatione fieri poſſet L.8. §.3. C. de codicillis, L.13. de SS. Eccleſ. L.3. pr. C. de bonis libert. *Id quod tamen contra primam indolem codicillorum eſt* (c). *Hoc ſemel admiſſo hæc nova forma*

(a) Redit ad vomitum, ad epiſtolarum nempe formulas. Quid autem revera in jure habeantur codicilli ab inteſtato, quave juris norma regantur, vide quæ diximus cap.1 noſtri comment. §.7.

(b) Vide quæ ſupra adnotavimus §.21. ad citatam L.88. §.17. de legatis 2.

(c) Cap.1. noſtri comment. §.4. latius quæſtionem pertractavimus, an de jure veteri codicilli tantum fierent per ſcripturam, an etiam per nuncupationem.

Digitized by Google

ma codicillis ſuperaddita eſt, ut etiam teſtes adhiberentur (a).

Teſtes requiſiti primitus fuerunt a Conſtantino in codicillis ab inteſtato.

ET *primitus quidem in codicillis ab inteſtato factis ſeptem, vel quinque teſtium interventum requiſivit Conſtantinus Imperator, vel ut alii malunt, Conſtantius in* L. 1. C. Theod. de teſtam. & codicillis, *ubi ita diſponitur*: In codicillis, quos teſtamentum non præcedit, ſicut in voluntatibus teſtamenti ſeptem teſtium, vel quinque interventum non deeſſe oportet; ſic enim fiet, ut teſtantium ſucceſſiones ſine aliqua captione ſerventur: Si igitur teſtium numerus defecerit, inſtrumentum codicilli habeatur infirmum.. *Ex hoc textu apparet, & liquida redditur veritas eorum, quæ in antecedentibus §§. latius deducta ſunt, ſcilicet in codicillis olim nullos teſtes fuiſſe neceſſarios* (*b*). *Nam hic Conſtantius primum diſponit in codicillis ab inteſtato teſtes eſſe adhibendos, ex eo ſcilicet fundamento, quod ad inſtar teſtamenti per ſe ſubſiſtant, & vicem ejus exhibeant, ut dicitur in* L. 16. in fine de jure co-

(*a*) Etiamſi verum eſſet, ut codicilli per nuncupationem introducti fuerint proximiorum Imperatorum conſtitutionibus, quod ſtrenue negavimus, falſo tamen conjicitur, hujuſmodi occaſione ſolemnia quoque jure novo codicillis conceſſa; id enim ex alio prorſus principio repetendum. Vide quæ diximus cap. 2. noſtri comment. §. 1.

(*b*) Non recte colligit ex hac Imperatoris conſtitutione, teſtes olim penitus non adfuiſſe codicillis; nam id tantum inferre licet, eos quidem non fuiſſe ſolemnes. Vide quæ dicta ſunt cap. 1. noſtri comment. §. 1.

Digitized by Google

codicillorum. *Altera ratio eſt, quod abſque teſtium numero codicilli ſæpius ſuſpecti fieri poſſent, adeoque teſtium numero deſtitutos infirmos declarat.* Hoc *ipſum vero noviter ab eo conſtitutum eſſe ipſæ rationes adductæ, & contextus oſtendunt, cum ad jus antiquum hic nullo modo provocetur; ſed talia verba adhibeantur, quæ indicant novum jus conſtitutum eſſe. Cum vero hanc formam codicillis ab inteſtato tantum præſcripſerit, reliquos codicillos ad teſtamentum factos in ſuo ſtatu reliquit, ut valerent abſque teſtibus, qui nec hic neceſſurii videbantur, cum proprio jure non ſubſiſterent, ſed vires ex teſtamento acciperent, & conſequenter ſolemnia teſtamentorum ad codicillos traherentur* (a).

§. XXV.

Tempore Diocletiani jam teſtes fuiſſe neceſſarios non probatur ex L. 22. C. de fideicomm.

E*Quidem facile prævideo, contra hæc quæ hactenus aſſerta ſunt, objici poſſe; jam tempore Diocletiani teſtes in codicillis neceſſarios fuiſſe, quod facile probari poſſe putant ex* L. 22. C. de fideicomm. *ubi Imperatores ita diſponunt*: Et in epiſtola, vel libello, vel ſine ſcriptura, imo etiam nutu fideicommiſſum relinqui poſſe adhibitis

(a) Primum ſolemnia data ſunt codicillis ab inteſtato, quippe qui teſtamenti naturam imitantur: Stetit ſane jus vetus quantum ad codicillos ad teſtamentum pertinentes ad Theodoſium uſque, qui tandem propria ſolemnia omnibus codicillis conſtituit.

bitis teſtibus nulla dubitatio eſt. *Verum qui ex hoc textu neceſſitatem adhibendi quinque teſtes in codicillis ſcriptis eruere conati ſunt, inde decepti videntur, quod verba ultima:* adhibitis teſtibus *ad totam legem pertinere crediderint, cum tamen ad ultimum caſum, quando ſine* ſcriptura, *vel* nutu *fideicommiſſum relinquitur, tantum pertineat; ita ut ſenſus ſit, duplici modo poſſe fideicommiſſum relinqui, vel in* ſcriptis *per epiſtolam, vel libellum, vel ſine ſcriptis, quo caſu tamen neceſſario adhibendi teſtes, quia alias de voluntate fideicommittentis conſtare non poſſet, cum etiam miles, qui ſine ſcriptis teſtatur, non aliter, quam adhibitis teſtibus diſponere queat* §. 1. L. de milit. teſtam. *Inde egregie falluntur Doctores, quando in hac lege quinarium teſtium numerum jam fundatum fuiſſe aſſeruerunt, cum tamen tempore Diocletiani nulli teſtes in codicillis per ſe eſſent neceſſarii; ex quo concludo, Diocletianum teſtes tantum ſuo tempore probationis cauſſa requiſiviſſe, & duobus teſtibus contentum fuiſſe per L.* 12. de teſtibus, *non autem de quinario numero teſtium ſenſiſſe, ut autumat Finckelthaus* obſ. 51., n. 9. *& Dn. Harprecht.* de remed. L. finalis C. de fideicomm. c 2. §. 17. n. 4. *licet enim alias poſt Conſtitutionem Conſtantii quinarius numerus in ultimis voluntatibus pro legitimo habeatur, hoc tamen ad tempora Diocletiani referri nequit. Poſtquam vero Conſtantinus, vel, ut alii malunt, Conſtantius in tali caſu quinque teſtes ad minimum requiſivit, eatenus legi adductæ Diocletianæ derogare voluiſſe videtur* (a).

O o §. XXVI.

(*a*) De hoc Diocletiani reſcripto vide quæ monuimus cap. 1. noſtri comment. §. 3. n. 11.

§. XXVI.

Tempore Theodoſii nihil hic mutatum.

V*Idendum nunc, an poſt tempora Conſtantii hic nova jurium mutatio facta fuerit. Equidem ſi* L. ult. §. ult. C. de codicill. *inſpicimus, exinde planum fieri videtur, Tempore Theodoſii generaliter in omnibus codicillis hoc receptum fuiſſe, ut quinque teſtes adhiberentur. Quamvis vero non negandum ſit, dictam* L. ult. *eſſe Theodoſii; tamen ſi juxta Codicem Theodoſianum examinatur, conſpicuum redditur* §. ult. cit. L. *non eſſe Theodoſii, vide* L. 7. C. Theod. de teſtam. & codicill. (a), *ſed ut Jacobus Gothofredus in* not. ad cit. L. *animadvertit, illum eſſe a Triboniano ſubjectum* (b); *& ſic ſi quid novi in hoc* §. ult. *continetur, illud non referendum ad tempora Theodoſii, ſed demum Juſtiniani.*

§. XXVII.

An tempore Juſtiniani teſtes generaliter requiſiti fuerint.

E*Rgo nunc demum videndum, an tempore Juſtiniani novum jus hic introductum fuerit, ita ut in omnibus codi-*

(*a*) Jam longo ſermone oſtendimus cap. 2. noſtri commen. §. 1. n. 5., & ſeq. contra Triboniani obtrectatores, conſtitutionem de ſolemni quinque teſtium numero in codicillis ex Theodoſio omnino repetendam; ut nullo pacto Juſtiniano tribuenda videatur.

(*b*) Sinceram Jacobi Gothofredi ſententiam expoſuimus loc. cit. n. 6.

Digitized by Google

codicillis, ſive ab inteſtato, ſive ad teſtamentum facti fuerint, quinque teſtes adhibendi ſint. Quod ſi communem Doctorum opinionem intuemur, hoc aſſerendum videtur, quippe qui generaliter aſſerunt, in omnibus codicillis quinque teſtes neceſſarios eſſe. Antonius Faber in C. lib.6. tit. definit. 2. n.17. *Carpz.* P.3. C.4. def.35. *Richter* P.1. dec. 22. num.16.; *& hinc quod in* L. ult. ff. de legatis 2. *dicatur, valere relictum nuda epiſtola, hodie correctum eſſe per jus novum dicit Carpz.* c. 1. n.4., *conf. Struvium* ex.35. th.17. *Bachov. ad Treutl.* Vol.2. diſp.13. th.6. lit. a. b. modo per duos. H*arprecht.* Vol.1. conſ.5. n.2., *& in tract.* de remed. L. ult. C. de fideicomm. c.2. §.17. nu.4. *Fundant ſe prælaudati Doctores potiſſimum in* L.28. §.1. C. de teſtam. *ubi hæc habentur*: Et ſic teſtamentum validum, & codicillus, ſi quinque teſtium literæ teſtatoris ſcripturæ coadunentur, in ſua firmitate remaneant. *Potiſſimum vero huc pertinent verba finalia, quæ Tribonianus legi* ult C. de Codicillis *ſubtexuit his verbis*: In omni autem ultima voluntate, excepto teſtamento quinque teſtes vel rogati, vel qui fortuito venerint, in uno, eodemque tempore debent adhiberi, ſive in ſcriptis, ſive ſine ſcriptis voluntas conficiatur. *Proinde etiam in mortis cauſſa donatione præciſe quinque teſtes adhiberi debent* L. ult. C. de mortis cauſ. donat.; *quin & Imperator in* §. ult. de fideicomm. hered. *generaliter aſſerit, numerum quinque tetium in fideicommiſſis legitimum eſſe, qualia utique in codicillis expediuntur. Hi textus omnes generaliter loquuntur, & ſic omnes quoſcumque codicillos complecti videntur. Denique hoc ipſum etiam confirmat* Ordinatio Notar. Maxi-

1512. §. & debeat Notarii verſ. ſed in co-

§. XXVIII.

Non confirmati codicilli requirunt quinque teſtes ex Juſtiniani lege.

Verum quemadmodum ſupra §. 14 & ſeq. *diximus*, *codicillos ad teſtamentum fieri poſſe duplici ratione* (1.) *abſque confirmatione præcedente* (2.) *confirmatione teſtamentaria antecedente*, *ita ut hi pro parte teſtamenti haberi debeant*, *non item ſimpliciter illi*; *ita omnino inquirendum*, *an utroque modo factos codicillos Juſtinianus ſub nova ſua diſpoſitione comprehendere voluerit? Equidem de non confirmatis admittere poſſumus*, *illos quoque ſub nova Juſtiniani conſtitutione contineri*, *partim quia Juſtinianus ſatis generaliter loquitur*, *& ſic novi quid poſt legem Conſtantii introducere voluiſſe videtur*; *partim etiam*, *quia tales codicilli non confirmati ſeparatam diſpoſitionem includunt*, *nec ita ad teſtamentum ſe referunt*, *uti quidem per teſtamentum confirmati*. *Atqui in hoc omnes ad unum communiter conſentiunt* (a).

§. XXIX.

(*a*) Ex non intellecta ſincera juris Romani doctrina in codicillis confirmatis, ac non confirmatis, parum eſt, ut Theodoſii legem penitus non perverterint. Non eo ſpectabat codicillus confirmatus, ac non confirmatus, ut non confirmatus *ſeparatam* conſtitueret teſtationem, ut loquitur Boehmerus, a teſtamento; omnes enim æque partes illius intelliguntur, ac ſequela, nec niſi ex teſtamento conſtabant; ſed ut adhibita fictione juris ad codicil-

Digitized by Google

§. XXIX.

Varia opinio Doctorum de quæſtione, an codicilli confirmati requirant teſtes.

De confirmatis itaque nunc videndum, an non hi etiam quinarium teſtium numerum deſiderant ex jure Juſtinianeo? quod aſſerunt Hieronymus Schurfius cent.2. conſ.43. num.7. & ſeq. *Modeſtinus Piſtor* Vol.1. conſ.44. *Thomas Herbajus* rer. quotid. cap.8., *quorum rationes concludentiſſimas eſſe aſſerit Dn. Ferdinandus Chriſtophorus* H*arprecht* Vol.1. conſ.5. num.63. *confer* H*illiger*. ad Donellum lib.7. cap.17., *& allegati a Beſoldo ad jus Prov. Vuirt.* diſp.3. th.156. *Ipſe prælaudatus Dn.* H*arprecht* cit. conſ. num.64. *diſtinguit inter jus Juſtinianeum, & conſuetudinem univerſalem Germaniæ, ita ut ſecundum hanc teſtes quidem non ſint neceſſarii, bene tamen ſecundum illam* (a). *Sed non deſunt quoque, qui non eo uſque novam Juſtiniani legem extendendam eſſe exiſtimant, inter quos prin-*

los confirmatos ſaltem perduceretur datio *legatorum*. Hinc confundere veterem doctrinam cum novo jure de codicillorum ſolemnibus eſt quidem abuti legum ſententiis, jurisque normam pervetere. Hoc ergo diſcrimen inter confirmatos, & non confirmatos haud pertinet ad codicillorum ſolemnia, veluti jure novo conſtituta ſunt. Sed latius hanc quæſtionem pertractavimus in noſtra diſp. confect., ut nil hic adjiciendum videatur.

(*a*) Recte quidem Harprechtus, quum noluerit referre ad jus commune quod peculiaribus Germaniæ moribus receptum eſt, obſtant enim expreſſa conſtitutionis verba, adeo ut vel legem omnino tolli neceſſe ſit, vel ſi eam ſtare velis, opus eſt ut fatearis ſolemnia æque in codicillis *confirmatis*, ac *non confirmatis*.

Digitized by Google

principatum gerunt Bardili de ſcheda teſtamentaria cap. 5. §. 3. & 4. *Donellus* cit. loco lit. g. *Beſoldus* cit. loco th. 155.

§. XXX.

Probatur opinio negativa.

E*T hanc poſteriorem ſententiam omnino juri Juſtinianeo conformem eſſe arbitror, ſi illa ipſa argumenta quæ ſupra* §. 15. *de utilitate confirmandi codicillos adducta ſunt, in medium adhibeantur. Conſtat ex illis, quod tales codicilli revera teſtamento ineſſe credantur, pro parte teſtamenti reputentur, & quicquid in hujuſmodi codicillis diſponitur, pro diſpoſito in teſtamento habeatur. Quid ergo opus foret nova ſolemnitate, cum tamen teſtamentum ad hos codicillos trahatur* (a)? *Et hoc intuitu quoque Juſtinianus in* L. ult. C. de codicillis *expreſſe hanc addit limitationem:* excepto teſtamento, *indigitans ſe de teſtamento in* prædicto §. *non diſponere, ſed de ejuſmodi diſpoſitionibus, quæ plane ad teſtamentum referri nequeunt, quorſum tamen omnino hi codicilli pertinent, qui pro parte teſtamenti habentur. Ipſe Maximilianus in* Ordinat. Notar. anno 1512. *c. l. huc etiam, ni fallor, reſpexiſſe videtur, dum reſtrictive loqui-*

(*a*) Fabulæ: ſolemnia nempe unius voluntatis naturaliter fieri nequit, ut ad aliam transferantur. Sed ne hic repetantur quæ alibi plenius dicta ſunt, quicquid Boehmerus profert in propoſita quæſtione, longius pertractatum comperies in noſtra diſputatione confectaria, ut nihil prorſus hic addendum videatur.

quitur hoc modo: Verum in codicillis ſcilicet, in quibus ſine declraatione, vel inſtitutione heredis poſt mortem alicujus præcipitur a ſuis heredibus aliquid conſignari &c. *Quæ verba hanc commodam admittunt interpretationem, ſcilicet hic agi de ejuſmodi codicillis, in quibus heres non conſtituitur, aut declaratur. At vero tales ſunt codicilli non confirmati, cum in confirmatis hoc licitum eſſe ſupra plenius dictum ſit.*

§. XXXI.

Codicilli confirmati non ſunt comprehenſi ſub L. ult. §. ult. C. de Codicillis.

ET ſane cum hic codicilli ſpecialem ſuam rationem, & naturam habeant, & ſe expreſſe referant ad teſtamentum, hoc vero illos ſua confirmatione includat, non poteſt dici illos eſſe ſub cit. L. fin. C. de codicillis comprehenſos, ut ut lex ſatis generaliter loquatur, cum non ſemper leges generaliter loquentes, generaliter ſint intelligendæ. Quin ne quidem in dubio mutatio præſumitur, multo minus ſi prægnantiſſimæ rationes in contrarium ſint, illa ſtatuenda, ſed potius juri veteri, quantum fieri poteſt, inſiſtendum. Et hunc in finem in antecedentibus tam operoſe oſtendere neceſſum habui, antiquitus codicillos nullos requiſiviſſe teſtes, ſed paulatim eorum numerum eſſe introductum, adeoque demum novi juri adſcribendum, ut eo fortius declararem, non ſatis recte legem ultimam C. de Codicillis *generaliter licet loquentem, generaliter intelligi. Huc etiam faciunt alia argumenta, quæ Bardili* cit. l. *pro validitate ſchedæ te-*

teſtamentariæ abſque teſtibus confectæ adducit ; quæ tamen hinc inde jam adducta ſunt.

§. XXXII.

Hæc ſententia & praxi, & juri Juſtinianeo reſpondet.

A*Tque ita ex hactenus dictis apparet, non tantum ſecundum praxin hodiernam, uti qnidem putat Dn.* Harprecht cit. conſ.5., *ſed etiam ſecundum leges Juſtinianeas codicillos teſtamento confirmatos nullos requirere teſtes, & in eo a reliquis codicillis differre. Nam etiam pleraque argumenta, quæ a viro eruditiſſimo afferuntur, ex jure communi ſunt deſumta, ſicuti etiam plerique Doctores, quos plena manu adducit, ad jus commune provocant. Præſertim nervoſe Brunnemannus ad* L. 38. ff. de conditionibus, & demonſtrationibus *huc collimat, ubi ait:* Si teſtator in teſtamento ſe referat ad epiſtolam, valebit legatum in epiſtola relictum; quia in teſtamento videtur relictum per relationem. H*oc intuitu Illuſtr. Dn. Stryk.de caut. teſtam. c.2. §.12. hanc confirmationem commendat, veluti ſi addatur:* Quicquid codicillis, ſchedulis, quibuſve literis ſcriptum reliquero, ita valere volo, ac ſi in hoc ipſo teſtamento comprehenderetur; nam vi hujus clauſulæ, *ait*, ex teſtamento ſuam ſubſiſtentiam recipiunt ſchedulæ omni alia ſolemnitate deſtitutæ. *Atque ſecundum hanc ſententiam anno* 1705. *nuper pronunciavit illuſtris Dn. Strykius, quod reſponſum cum nobis ab ipſo gratioſe communicatum ſit, hic addere lubuit.*

Facti

Facti ſpecies,

ANtonius Baily anno 1673. *teſtamento ſuo præ aliis inſtituerat heredem Johannam filiam ſuam ex primis nuptiis habitam; atque adjecerat, quod ſi nubilis ea manſiſſet, ne bona extra familiam diſperderentur, velle, ut ea omnino propinquis relinqueret, fratribus nempe, ac ſororibus. Defuncto autem teſtatore quum Johanna numquam nupſiſſet, anno* 1679. *ſuum condidit teſtamentum, quo Patris voluntatem ſequuta inſtituit in bonis, quæ ſibi ex ejus hereditate obvenerant, una cum Fratre filios, filiaſque ex ſorore jam defuncta. Tum addidit: quicquid ſe extra teſtamenti tabulas reliquiſſet ſua manu ſubſcriptum, ratum omnino haberi velle, perinde ac ſi in ipſo teſtamento contineretur. Poſtea 7. Kal. Novembris* 1701. *codicillis, ſeu ſchedula ſubſcripta manu ſua, ac duorum teſtium vetuit, ne portio hereditaria Dionyſio fratri ſuo relicta ab ipſomet adminiſtraretur, ſed fructus tantum ei præſtari debere; ut ita proſpiceretur utilitati filiorum illius, ut latius apparet ex teſtamento apud acta prodito. Defuncta teſtatrice quum Dionyſius oppugnaſſet noviſſimam legem in ſchedula conſcriptam, factus eſt idcirco controverſiæ locus.*

Quæſtio.

AN ſchedula condita anno 1701. *ob clauſulam in teſtamento expreſſam jure valeret?*

Rationes dubitandi.

PRoponebatur quidem ſchedulam non valere ob defectum teſtium; ſatis enim non videbatur duorum teſtium

præſentia, *quum exigatur quinque teſtium numerus ex* L. ult. C. de Codicillis, *Carpz.* P.3. C.4 def.35. *Richter* P.1 decif.62. num.17. *Quod adeo verum eſt*, *ut licet legatum aliquod in epiſtola*, *vel ſchedula relictum fuerit hoc tamen non aliter ſubſiſtat*, *quam quinario teſtium numero adhibitio. Brunnem. ad* L.fin.pr.de legatis.2.*Petr.Gregor. Tholoſ* in Syntagm. jur. univer. lib.41.c.18. in fine. *Etenim quod tam caute legibus præſcriptum eſt*, *per indirectum tolli videretur*, *viaque fraudibus aperiretur*; *ut præſertim hoc caſu affirmat*, *&* *urget Hieron. Schurffius* cent.2.conſ.48. num 8

Et quamquam teſtatrix Johanna Baily teſtamento adjeciſſet clauſulam reſervatoriam, *qua juſſerat*, *ut quicquid poſt teſtamentum ſcripſiſſet*, *ita ratum haberetur*, *ac ſi ſcriptum eſſet in ipſo teſtamento*; *tamen reſponderi poteſt*, *quod nemo poſſit cavere*, *ne leges in ſuo teſtamento valere debeant*. L.55. ff. de legatis 1.; *maxime in tali negotio*, *ubi leges aliquid pro forma requirunt*. *Schurff.* cit. loco. *Et ita quamplures Scriptores contendunt*, *inutiles prorſus eſſe hujuſmodi ſchedulas ſine quinque teſtium adhibitione*. *Hillig. ad Donell.* lib.7. cap.19. lit.g. *Modeſtin. Piſtor.* vol.1. conſ.44.

Rationes decidendi.

V*Erum nedum ex jure communi*, *ſed uſu quoque probatum*, *ut liceat teſtatori in teſtamento ſe referri ad unam*, *vel plures ſcripturas*, *in quibus vel jam ſcripſerat*, *vel ſcribet nomen heredis*, *vel legatarii*: *quo caſu in hujuſmodi ſchedula haud exigitur adhibitio vel quinque*, *vel ſep-*

tem

tem teſtium; ſed ſatis eſt, ſi certe conſtiterit, eamdem illam eſſe ſchedulam, de qua ſenſerit teſtator, ſive jam ſcripta fuerit ſchedula tempore conditi teſtamenti, ſive adhuc ſcribenda. L.77. de hered. inſtit. *Bardili* de teſtam. nuncupat. th.28. *Beſold.* conſ.203. num.16. H*oc autem potiori ratione admittendum videtur, quum ſchedula, ad quam teſtator ſe referat, non contineatur inſtitutio heredis, ſed quid aliud, ubi minor ſolemnitas requiritur. Quare clauſula reſervatoria in præſenti teſtamento efficere debet, ut quicquid teſtatrix per ſchedulam manu ſua ſubſcriptam adjicere intellexerit teſtamento, ex virtute facta in teſtamento relationis, non ſecus ratum habendum ſit, acſi revera in teſtamento ipſo contineretur; ſi enim teſtator in teſtamento ſe referat ad epiſtolam, valebit legatum in epiſtola relictum, quia in teſtamento videtur relictum per relationem ad epiſtolam Brunnem.* ad L.38. de condit., & demonſtr. num.1. *Imo expreſſa per relationem, expreſſa dicuntur in ſpecie, ac ſi in referente fuiſſent inſerta* arg. L. 2. §.2. ff. de jure codicillorum *Garſ. Maſtrill.* deciſ.190. num.5. *& paria cenſentur aliquid in teſtamento exprimi ſpecifice, vel per relationem ad aliud Card. Mantic.* de conject. ult. vol. l.4. tit.3. num.11. Brunnem. ad L.25. de reb. dub. num.2. *adeo ut relatum ſit pars referentis Card. Tuſch.* pract. concl. tom.6. lit.R. concl.129. num.2. *Barboſ.* Theſ. loc. comm. lib.16. c.23. ar.16. *Supervacanea quippe videtur adhibitio quinque teſtium in hujuſmodi adjunctis, ſive ſcripturis, quum nullus teſtis legibus deſideretur* arg. L. Theopompus 14. ff. de dot. præleg. L. fin. pr. de leg.2. l.6. C. de Codicillis L.18. ff. de jure Codicillorum. *Quæ opinio*

nedum confirmatur quotidiano uſu, *ſed defenditur a celebrioribus Doctoribus*. *Bardili* diſput: de ſcheda teſtament. c. 5. §. 3. ſeqq. *Brunnem.* ad L. f. pr. ff. de leg. 2. num 4. *Erneſtus Cothmannus* vol. 5. conſ 33. *Beſold.* in delib. Pandect. lib. 18. & 29. n. 8. in f. *Harprecht.* vol. 1. conſ. Tubing. integro. 5.

Reſponſio ad rationes dubitandi.

QVibus *non obſtat*, *quod in codicillis quinque teſtes requirantur*; *nam hoc de codicillis abſolutis*, *& per ſe ſubſiſtentibus*, *non vero de illis*, *qui propter relationem pars teſtamenti eſſe videntur*, *intelligendum eſt*; *atque adeo implicite teſtes iidem*, *qui teſtamento adfuerunt*, *hic quoque adfuiſſe videntur*. *Alexand.* lib. 7. conſ. 4. n. 6. in f. *Neque dixeris*, *quod ita fraudibus locus concedatur*, *quia hoc locum non habebit*, *niſi in relato nulla adſit ſuſpicio falſi*, *ut in caſu evidentiſſime apparet* Harprecht. cit. l. num. 80. *Ut ut autem aliquibus Doctoribus placuerit contrarium tueri ſententiam*; *eorum tamen opinio nec juri conſentanea eſt*, *nec moribus noſtris*, *ideoque reſpuenda eſt*.

Deciſio.

EX *quibus facile conſtat*, *adjunctum de anno* 1701. *factum teſtamento*, *ratum*, *validumque omnino cenſeri*.

§. XXXIII.

§. XXXIII.

Sufficit, ſi confirmati codicilli ſint in teſtamento nuncupativo.

PArum autem referre exiſtimo, utrum teſtamentum, quod codicillos confirmat, ſit ſcriptum, an vero nuncupativum. Nam & ſcriptos codicillos ad teſtamentum nuncupativum fieri poſſe nullum habet dubium L. f. ff. de jure codicillorum. *Debet tamen ante omnia conſtare, quod teſtator nuncupative codicillos coram teſtibus nuncupaverit, veluti ſi dixerit*: Si præter hanc meam teſtationem codicillos ſcripſero, vel reliquero, eos ratos eſſe voſo, perinde ac, ſi quicquid in illis ſcriptum erit, nunc proprio ore pronunciaſſem. *Quod ſi itaque a Notario inſtrumentum publicum deſuper factum fuerit, res plana eſt, ſi modo conſtat de fide codicillorum vel ex ſubſcriptione, vel quod teſtator illos codicillos ſua manu conſcripſerit. Tunc recte hic applicamus, quod Imperatores ajunt in* L. 6. C. de codicillis: confirmatione codicillorum munitus nullam juſtam gerere ſollicitudinem legatarius debet (*a*).

§. XXXIV.

Hinc ſubſiſtere poteſt diſpoſitio, cui clauſula codicillaris adjecta, licet teſtes quinque deficiant.

EX præmiſſis nunc ulterius concludi poteſt, ſubſiſtere aliquando poſſe diſpoſitionem, cui clauſula codicillaris adje-

(*a*) Perperam interpretatur hoc reſcriptum Imperatorum. Vide cap. 1. noſtri comment. §. 11. num. 2.

adjecta, licet ne quidem quinque teſtes adſint, hiſce tamen concurrentibus requiſitis, ſi ſcilicet teſtator antea ſolemne teſtamentum fecit, inque eo codicillos confirmavit; deinceps vero teſtamentum aliud condidit, quamvis ob defectum teſtium jure deſtitutum, clauſula tamen codicillari munitum fuerit. Hic enim certum eſt prius teſtamentum non rumpi per poſterius, cum nullum ſit §. pen. in f. Inſt. quib. mod. teſtam. infirm. *poſterior tamen diſpoſitio ſubſiſtit jure codicillorum, qui cum antecedente teſtamento jam ſint confirmati, etiam ſubſiſtent, licet ne quidem quinque teſtes adfuerint. Unde quando Doctores communiter aſſerunt, clauſulam codicillarem nihil operari, ſi ne quidem quinque teſtes adhibiti fuerint. Struvius* ex. 34. th. 66. *hoc intelligendum eſt de illa diſpoſitione, quæ teſtamento non confirmata eſt* (a).

§. XXXV.

(*a*) Facile fuit Boehmero ex uno in alium progredi errorem, illumque abſurdiorem. Injuſta, vel imperfecta teſtamenti ſcriptura, quæ per clauſulam *codicillarem* convertitur in codicillos ab inteſtato, ut vidimus cap. I. noſtri comment. §. 8. non video, qua juris ratione conſtare poſſit ex confirmatione habita in priori teſtamento. Etenim idem eſt converti ſcripturam in codicillos ab inteſtato, ac ſucceſſionem ab inteſtato haberi. Quomodo autem Boehmerus in ſpecie propoſita hæc duo diverſa ſimul componet, nimirum codicillos ab inteſtato cum teſtamento? Vel qui fiet, ut codicilli ab inteſtato conſtare poſſint ex teſtamento, duaſque oppoſitas ſucceſſiones uno tempore conjungi? Itaque quum teſtamenta per clauſulam transformantur in codicillos ab inteſtato, non ſecus hoc ſtare poterit, quam ſi ſaltem adhibita ſint ea ſolemnia, quæ propria ſunt codicillorum. Vide quæ diximus loc. cit. n. 13.

Digitized by Google

§. XXXV.

Quandoque ex accidente teſtes ſunt neceſſarii.

C*Eterum ut ut hactenus teſtium numerum ad ſubſtantiam horum codicillorum non neceſſarium eſſe diximus; tamen conſtare utique debet de codicillorum veritate, adeoque ſi de ea dubitatur, probatio omnino eſt neceſſaria, de qua cum pleniſſime egerit Bardili* de Scheda teſtament. c. 3. *meditationem noſtram ad illam dirigemus. Interim ad hanc certitudinem conſequendam quandoque* ex accidente *teſtes requiruntur, ſi forſan codicilli a cæco, vel imperito literarum conditi fuerint. Nam ſicuti teſtamentum cæci non aliter ſubſiſtit, quam ſi id ipſum coram omnibus teſtibus legatur, aliis duobus teſtibus ſimul chartam inſpicientibus, ut recte annotat Brunnemannus ad* L. 8. C. qui teſtamenta facere poſſunt; *ita quoque ſi cæcus hujuſmodi codicillos confirmatos condere vellet, prælectio teſtibus adhibitis hic quoque non eſſet negligenda. Interim cum teſtes hoc caſu ad certitudinem codicillorum ſpectent, ut exinde conſtet, nihil contra voluntatem codicillantis in iis ſcriptum eſſe, ſufficere crediderim, ſi præter prælectorem alii duo teſtes ſimul chartam inſpicientes prælectioni adhibeantur, & coram illis teſtator declaret, omnia, quæ ipſi prælecta eſſent, voluntati ſuæ conformia eſſe, ut deinceps documentum factæ prælectionis ſubſcriptione teſtium illorum munitum annecteretur, hac forſan ratione*: quod hic codicillus nobis præſentibus lectus ſit teſtatori, quando ſimul chartam inſpiceremus; & quod deinde teſtator declaraverit, ut quicquid lectum eſſet, ſcriptum quidem ſit ſecundum

ejus.

ejus voluntatem, & ita teſtamur noſtris ſubſcriptionibus, ac ſignis. *Hallæ* 28. Auguſti 1707.

Dubium removetur.

E*Quidem hic in contrarium urgeri poſſet, quod Imperator expreſſe in* L. 8. C. qui teſtamenta facere poſſunt *diſertis verbis eadem ſolemnia in codicillis cæcorum requiret, quæ in teſtamentis eorum neceſſaria ſunt, quod planum eſſe videtur ex verbis ſequentibus:* Quæ in eumdem modum erunt obſervanda, quamvis non heredes inſtituere, ſed legata ſolum, vel fideicommiſſa; & in ſumma quæ codicillis habentur congrua, duxerint ordinanda; *quod etiam confirmat* Ordinat. Notar. de An. 1512.; *atque proinde in codicillis cæcorum quoque octo teſtes requirunt Carpz.* P.3. c.6. def. 5. *Franc. Burry* de ſucceſs. lib. 1. tit. 6. n. 2. *Alciat.* lib. 9. conſ. 32. num. 1. *Verum rectius alii hæc verba non ſimpliciter capienda eſſe aſſerunt, ſed potius tantum ad prælectionem hic quoque faciendam pertinere contendunt* (a). *Vid. D. Stryk.* de jure ſenſ. diſs. 2. cap. 3. num. 28. & ſeq. *Quamvis ad præſentem ſpeciem, ubi codicillos confirmatos ſupponimus, id non aliter, quam quoad prælectionem faciendam pertinere, rationes antea adductæ ſuadent. Idem quoque ſimili ratione obſervandum erit in codicillis confirmatis imperitorum literarum, cum & hic prælectio ſit neceſſaria, uti pluribus demonſtravit D. Præſes* diſs. de teſtamento non prælecto, *quorſum B. L. remitto.* CA-

(a) At cur rectius id contendunt? An rectius leges interpretari is dicetur, qui magis ab aperta ejus ſententia aberraverit? Si Imperator eadem omnino ſolemnia tribuit hujuſmodi codicillis, ac teſtamentis, qua fronte eorum tantum partem codicillis accommodaverimus? Porro non video, quemadmodum ea legis ſententia cavillationibus ſubjaceat.

CAPUT II.

De Codicillis ab inteſtato ſine teſtibus validis.

§. I.

Tranſitus ad codicillos ab inteſtato ſine teſtibus validos.

IN capite præcedente oſtenſum eſt, in Codicillis confirmatis teſtamento nullos teſtes eſſe neceſſarios, in reliquis autem codicillis quinarium numerum teſtium ab Imperatoribus noviter introductum eſſe. Ut ut vero hæc regulariter ita ſe habeant, tamen non deſunt caſus, ubi etiam in codicillis ab inteſtato, & non confirmatis (a) *teſtes vel nulli vel pauciores, quam quinque deſiderantur, quos in hoc capite excutiemus, potiſſimum mentionem facientes codicillorum ab inteſtato, quia ſi de his probatum erit, quod abſque teſtibus valeant, ſimul conſtabit, eoſdem quoque ita valere, ſi ad teſtamentum facti fuerint.*

(*a*) An fingi poterit codicillus ab inteſtato. idemque teſtamento confirmatus? Notio codicilli ab inteſtato eo ſpectat, ut codicillus fiat ſine teſtamento; non ergo admittere poteſt confirmationem in teſtamento, quum repugnet quid fieri ſine teſtamento, & cum teſtamento eodem tempore.

§. II.

Primus caſus ex l. f. C. de fideic. proponitur.

P*Rimus & illuſtrior caſus eſt in* l. ult. C. de fideicommiſſis & §.ult.Inſt. de fideicommiſſ. hereditat. *ubi Juſtinianus noviter diſpoſuit, quod ſi teſtator heredis ipſius fidem elegerit, & coram eo conceptis verbis nuncupaverit, cui legatum vel fideicommiſſum relinquere vellet, hoc omnibus modis valere debeat, licet nemo penitus teſtis intervenerit, quatenus heres jurare non poteſt, ſe nihil tale quid a defuncto audiviſſe, de qua ſpecie diſpoſitionis egregium tractatum edidit Dn. Harprecht de* remedio legis ultimæ C. de fideicommiſſis.

§. III.

Quæſtio proponitur, an in l. cit. ult. Codicilli occurrant.

C*Um vero hic de codicillis tamen ſoliciti ſimus, præjudicialis quæſtio ante omnia examinanda eſt, an etiam in hac diſpoſitione ſpecies aliqua codicillorum occurrat, quod a paucioribus obſervatum eſſe memini. Ipſe prælaudatus Dn.* H*arprecht hanc diſpoſitionem vocat* remedium l. ult. C. de fideic. *alii* beneficium l. ult. *alii* proviſionem Imperatoris *vid.* Dn. H*arprecht* cit. l. c. 1. §. 3. *Sed ſicuti hi termini nimis generales ſunt, & tantummodo jus agendi ex* cit. l. ult. *deſignant, ita exinde non conſtat, quorſum hæc diſpoſitio referenda ſit, an ad codicillos, an vero novam ſpeciem ultimæ*

mæ voluntatis a reliquis diverſam conſtituat, nam & inter ultimas voluntates a Doctoribus refertur vid Ludvvel de ult. volunt. pag. 2. cap. 5. *Dn.* H*arprecht* cit. Tr. cap. 1. §. 8. num. 12. *quorſum etiam Imperator ipſe collimat in* § ult. I. de fideic. hered. *ajens*: Ne depereat ultima voluntas teſtatoris fidei heredis commiſſa. *Sic ergo eſt ſpecies ultimæ voluntatis, uti omnino eſt, vel ordinariis ſpeciebus accenſenda, vel nova ſpecies dicenda erit. Aſt hoc ultimo caſu diverſitates prius adducendæ ſunt.*

§. IV.

Diſpoſitio L. f. C. de fideic. continet codicillos nuncupativos.

V*Erum omnino exiſtimo hanc ipſam diſpoſitionem nil, niſi meros codicillos nuncupativos continere, & propterea commode huc referri poſſe. Poſtquam enim receptum eſt, codicillos etiam poſſe ſine ſcriptis adornari, forma primæva codicillorum ſatis mutata eſt, ut adeoque ſine ulla hæſitatione omnes alias diſpoſitiones ſub nomine codicillorum complecti debeamus. Inprimis autem diſpoſitio prædicta in claſſem codicillorum nuncupativorum vel ideo referenda eſt, quod ad naturam primævam eorum quam proxime accedat. Sicuti enim codicilli in prima ſua origine nihil aliud erant, quam* literæ ad heredem ſcriptæ, quibus teſtator ad heredem ſermonem conferebat, *ut dicitur in* l. 14. ff. de jure codicill. *& ita quaſi cum herede loquebatur per epiſtolam, ut dicitur in* l. 75. pr. ff. de leg. 2. *conf. Gothofredus in* not.

ad cit. l. lit. r. *Ita quoque Imperator diſpoſitionis* legis ult. *eſſentiam in eo collocat, quod defunctus fidem ipſius heredis elegerit, & ita coram cum eo locutus fuerit, in ſcriptis codicillis itidem teſtator cum herede, vel a quo alias legatum vel fideicommiſſum relinquit, loquitur. Propius itaque adhuc hi codic lli ad naturam primævam codicillorum reſpiciunt, quam illi, qui extra præſentiam heredis ſine ſcriptis coram quinque teſtibus fiunt, ubi nequidem cum herede loqui videmur, cum ſermones miſceamus coram cum præſentibus, non abſentibus. Accedit, quod ipſe Imperator* in §. ult. I. de fideicom. hered. *ſe ipſum ad Auguſtum, primum codicillorum approbatorem referat, & hac nova diſpoſitione hunc Principem ſuperare contendat; idquod ideo feciſſe videtur, quod Auguſtus tantum codicillos ſcriptos, & in eis data fideicommiſſa abſque teſtium interventu approbaverit, ita ad hujus exemplum Juſtinianus etiam codicillos nuncupativos ad heredem præſentem directos abſque teſtibus valere voluerit. Ut ut enim codicilli nuncupativi ante Juſtinianum jam cogniti erant, tamen ex lege Conſtantii certo modo teſtium numerum requirebant, & hoc intuitu Juſtinianus novi quid hac diſpoſitione introducebat, ab Auguſti lege diverſum. Denique Imperator ipſe adjungit, perinde eſſe debere, ſive quinque teſtes adfuerint, vel pauciores, vel nemo, & præterea differentiam ſuperaddit, cur in his codicillis nulli teſtes requirantur, ſicuti in aliis, quia ſcilicet in aliis teſtium præſentia etiam ad probandum eſt neceſſaria, quali probatione hic non eſt opus, cum heres ipſemet veritatem dicere compellatur* cit. l.ult. verſ.Cum enim res, *quæ omnia clare evincunt, Imperatorem ſemper*

ſuppo-

ſuppoſuiſſe, talem diſpoſitionem ad codicillos utique referendam eſſe. Hæc ſi Dd. qui de genere actionis litigant, accurate perpendiſſent, facile omnem ſuperaſſent difficultatem, cum quæ ex codicillis dentur actiones, expediti juris ſit (a).

§. V.

Fundamentum l. ult. C. de fideic. eruitur.

EX *his nunc præſuppoſitis intellectus* cit.l.ult. *quæ alias magna difficultate laborare creditur, Sichard. in* C. in pr. ad cit. l. *Sande* lib.4. tit.5. def.18. *Fuſar.* conſ.83. n. 34. in f. *ſatis planus & perſpicuus redditur. Deſudant imprimis interpretes in genuino fundamento hujus diſpoſitionis, in quo adeo variant, ut Dn. Harprecht* cit. tr. de remed. l. ult. C. de fideic. c.2. §.7. ſeqq. *quindecim diverſas opiniones recenſeat, & examinet, quibus difficultatibus hæc una aſſignanda eſt ratio, quod plane hæſitaverint, quorſum hæc diſpoſitio referenda eſſet, præſertim cum etiam plurimi vix accuratum de codicillis ſibi conceptum formaverint. Alii quippe fundamentum* ex promiſſione heredis, *alii* ex mendacio & negatione heredis, *alii* ex ſola præſentia *hæredis, alii aliunde deduxerunt. Scilicet ex evicto conceptu hujus diſpoſitionis evidens eſt, fundamentum horum codicillorum abſque teſtibus validorum in eo unice quærendum eſſe, quod defunctus coram cum herede locutus ſit, & ita fidem ejus ele-*

(a) Plura hic congerit Boehmerus vel falſa, vel aliena. Sed vide quæ diximus de hac Juſtiniani Conſtitutione cap.2. noſtri comment. §.1. n.10. & diſput. confect. §. ult. n.3.

Digitized by Google

elegerit, vel ut Dn. Harprecht cit. tr. c.4. §.10. ſeqq. *loquitur, ut in præſentia heredis voluntatem ſuam declaraverit, quod ut plurimum ita fieri ſolet, ut verba ipſa ad heredem dirigantur vel* explicite, *vel* implicite, *h. e. ita & ea intentione a teſtatore proponantur, ut ab herede audiri poſſint. Et hoc tum ipſe conceptus codicillorum, tum contextus* cit. l. ult. *ſatis docent, dum loco præſentiæ teſtium præſentiam heredis Juſtinianus ſufficere credidit, quod & indicant variæ formulæ in* cit. l. *adhibitæ, veluti*: dum ipſe ſibi judex & teſtis inveniatur, *item* quod heres dicere compellatur veritatem, adeoque nullus locus amplius teſtibus relinquatur, *porro*: quemadmodum ad extraneam fidem decurratur, propria & indubitata fide relicta? *Quin ipſe Imperator in* §. ult. I. de fideicomm. hered. *adhuc clarius mentem ſuam declarat, dum oſtendit, quid heres in caſu negationis jurare debeat, ſcilicet* quod nihil tale a teſtatore audiverit: *Quod itaque primario juramento adſeri debet, hoc eſt fundamentum actionis, & ſic fundamentum ipſius diſpoſitionis, ex qua agitur conf. Illuſtr. Dn. Stryk.* de caut. teſtam. c.21. num.1. §.39. ſeqq. *Et quos congeſſit Dn.* Harprecht cit. l. c.11.

§. VI.

Non præciſe requiritur, ut teſtator ſermonem dirigat ad heredem.

Sic itaque præſentia heredis omnem ſupplet defectum teſtium, ſive ſpeciatim ad hoc a teſtatore evocatus ſit, ſive ſponte adfuerit. An autem præciſe requiratur, ut diſponens

nent ſermonem ſuum dirigat ad eum , quem fideicommiſſo vel legato gravare voluit , itidem diſquiritur? Sanè codicillorum natura primæva ita videtur fuiſſe comparata , ut teſtator per codicillos loqueretur cum herede , uti §. 4. *dictum eſt. Verum ſicuti in* Cap. præced. §. 13. *dictum eſt , poſtea etiam introductum eſſe , ut etiam codicilli ad perſonam honoratam dirigi poſſint , ita in codicillis nuncupativis idem admittendum eſſe arbitror , quia ſic* per indirectum *cum ipſo herede ſermonem miſcuiſſe videtur , quod etiam ſuo calculo approbat Dn.* H*arprecht* cit. l. §. 16. *Porro ut ut Imperator tantum principaliter ſupponat caſum , quo teſtator nuncupative voluntatem ſuam heredi declaraverit , tamen & tunc quoque codicillos ſcriptos ſine teſtibus ſubſiſtere autumo , quando illos præſenti heredi tradit , & ſimul eidem injungit , ut voluntati ſuæ in codicillis traditis manifeſtatæ ſatisfaciat .* H*oc ipſo enim , quo ſe refert ad codicillos traditos , in effectu juris ſuam ei voluntatem declaraſſe videtur . Bardili* de teſtam. nuncupat. th. 25. & 28. *Bartolus* ad l. ult. C. de fideicom. nu. 5. *Dn. Rivinus* in enunc. jur. tit. 18, enunc. 6.

§. VII.

Valent hi codicilli abſque teſtibus .

H*Ac ratione concinnati codicilli valent , licet vel maxime nullus teſtis intervenerit , uti clare decidit Imperator in* cit. l. ult. & §. ult. I. de fideicomm. hæred. *quod & hodie adhuc in praxi obtinere Dd. unanimiter fatentur . Vide* Dn. *Stryk* de cautel. teſtament. cap. 21. memb. 1. §. 38. & de ſucceſſ. ab inteſt. diſſert. 7. cap. 4. §. 34. *Dn. Har-*

Harprecht cit. tract. cap. 1. §. 1. num. 11. & ſeqq. *Quodſi itaque heres illud non neget, ſed defectum teſtium alleget, nihilominus ſolvere legatum vel fideicommiſſum adſtringitur. Si vero heres negaverit, tale quid a teſtatore ſe audiviſſe, tunc legatarius vel fideicommiſſarius ei deferre poteſt juramentum, præſtito prius juramento calumniæ, id quod ſi præſtare recuſaverit, ſolvere omnino cogendus eſt, quia aliter de veritate conſtare nequit.*

An juramentum ſit neceſſarium, ſi præter heredem duo vel tres adfuerint teſtes?

UN*de diſquirunt, an hoc juramentum neceſſarium ſit, ſi præter heredem duo vel plures teſtes ſimul præſentes fuerint, ex quorum depoſitione jurata ſatis conſtare poſſit, quid defunctus ad heredem dixerit? Sane ſi ex regulis ordinariis juris res foret æſtimanda, ordinarie ad juramentum alias non recurrendum, quoties copia teſtium ſuppetit. Aſt enim vero cum totam validitatem hujus fideicommiſſi Imperator in eo collocet, quod teſtator heredis fidem elegerit, ita ut ipſemet veritatem dicere compellatur, non aliud medium probandi quam juramentum ſupereſt, quod ſatis clare ipſe Imperator his expreſſit verbis:* Sed ſive quinque ſint teſtes ſive minores vel nemo, cauſam per illius ſacramentum vel dandum, vel recuſandum ſuam habere tam firmitatem, quam exactionem. *Deinceps hanc quoque ſubjungit rationem diverſitatis, ne alias videantur codicilli ex teſtium depoſitione valere, qui tamen demum ex confeſſione heredum valere debent.* Vid. *Philippi* in uſu pract. Inſt lib. 2. tit. 23. §. ult. ecloga 103. n 5. (a) §. VIII.

(*a*) Vide quæ monuimus cit. diſput. confect. §. ult. num. 3.

§. VIII.

Codicilli oblati valent abſque teſtibus.

C*Um vero etiam ſæpius teſtamenta abſque teſtium numero ordinario ſubſiſtere poſſint, hinc etiam non dubium, quin etiam in ejuſmodi caſibus codicilli abſque teſtibus valeant. Huc itaque pertinent, ſi codicilli Principi oblati fuerint. Superfluum enim dicitur eſſe privatum teſtimonium, cum plublica monumenta ſufficiant* l. 31. C. de donat. *Equidem ex* l. 19. C. de Teſtament. *urgeri in contrarium poſſet, ad minimum duos teſtes eſſe neceſſarios, cum diſerte teſtator ibidem aſſerat*: Nec inſtitutus heres (*vel legatarius in codicillis nominatus*) pertimeſcat, cum oblatas preces ſecundum voluntatem defuncti idoneis teſtibus poſſit approbare, ſi ei alia nocere non poſſunt. Hic *ergo oblatio teſtamenti idoneis teſtibus probanda dicitur, cum in hac potiſſima vis teſtamenti ſimul conſiſtat; & inde copiam duorum teſtium deſiderat Bartolus* ad cit. l. *Verum hanc non eſſe mentem Imperatoris facile conſtat; cum tantum verba illa caſum præſupponant, ubi dubium eſſe poteſt*, an preces ſecundum voluntatem defuncti fuerint oblatæ. *At vero hujuſmodi dubium tunc demum naſci poteſt, ſi non ipſe defunctus, ſed alius nomine ejus preces obtulit principi. Exinde forſan heres pertimiſcere poſſet, ſi ei dubium moveretur, atque hoc in caſu recte ſecundum voluntatem defuncti preces fuiſſe oblatas, utique teſtibus probandum eſt vid. Tabor.* de teſtam. princ. obl. c. 2. nu. 15. *nam & voluntates ultimas per procuratorem principi offerri*

poſſe, *egregie evicit ill. Dn. Stryk.* de cautel. teſtam. c.8. *Unde pleriq;ue etiam nullum teſtium numerum requirunt Dn. Stryk.* cit. tr. c.7. §.16. *Meu* ad jus Lubec. P.2. art.2. tit.1. num.72. *Carpz.* P.3. cap.3.def.11. *Fachin.* lib.16. cont.86. *Brunnem.* ad cit. l.19. *Vel etiam poſſet dubium incidere*, *an non codicilli demum poſt mortem teſtatoris eſſent Principi oblati*, *quo caſu valere non poſſent Dn. Stryk.* de cautel. teſtam. c.7. §.15. *ideoque hoc caſu ex accidenti opus eſſet teſtibus*, *ad demonſtrandam oblationem codicillorum vivente adhuc teſtatore*, *& quidem ſecundum ejus voluntatem eſſe factam* (a).

§. IX.

Judicialiter facti codicilli valent abſque teſtibus.

I*Dem nunc obſervandum eſt*, *ſi codicilli judicialiter apud acta fiant*, *ſive in ſcriptis ſive nuncupative fiant*, *nam tunc valent ob ſolam autoritatem judicialem nullis teſtibus adhibitis Carpz.* P.3. C. 4. def.32. num.4. & def.35. num. ult. *Quod enim in teſtamentis juris eſt*, *illud multo magis ad codicillos applicari poteſt*, *quippe qui ordinaria ſolennia teſtamentorum ne quidem deſiderant*. *Quod ſi itaque teſtator*

(a) In teſtationibus privilegiariis præſertim quantum ad voluntatis probationem idem dicitur de codicillis, quod jure cautum eſt de teſtamentis, ut fruſtra Boehmerus de hujuſmodi codicillis ſermonem inſtituat, quaſi a teſtamentorum ratione differrent. Vide quæ dicta ſunt cit. diſput. conſect. §. ult. n.1. & 2.

Digitized by Google

tor ſcribere poteſt, ſufficiet, ſi vel ipſe codicillos ſcribat, vel ſubſcribat, & ita judici offerat. Ceterum ſi ſcribere nequeat, ordinarie quidem exigunt, ut tam teſtamentum quam codicilli a judice teſtatori prælegantur Carpz. P.2. deciſ.149. *Dn. Stryk.* de cautel. teſtam. cap.7. §.31. *quod etiam late probavit Dn. Præſes* diſſert. de teſtam. non prælecto, *quo caſu itidem teſtes non ſunt neceſſarii, verum ſi quis forſan juſtas habeat rationes, propter quas prælectionem in judicio faciendam perhorreſcat, tunc ad minimum intra privatos parietes, coram duobus teſtibus talis prælectio facienda eſt, eadem ratione, prout in fine* cap. anteced. *dictum eſt. Sic enim de voluntatis certitudine nullum amplius ſupereſt dubium, propter quam unice judicialis prælectio requiritur. Ut vero hæc oblatio judici adhibitis duobus teſtibus fiat, id quod exigit Antonius Faber* in C. lib. 6. lit. 5. def.26. *minus neceſſarium eſt, cum acta judicialia omnem defectum teſtium ſuppleant, & præterea leges hoc nullibi exigant. Vid. Mynſinger.* cent. 6. obſerv.29. num.5.

§. X.

Codicilli militares abſque teſtibus valent.

P*Orro codicillos militum in expeditione conſtitutorum abſque teſtibus valere nullum habet dubium, cum etiam teſtamenta eorum abſque omnibus teſtibus valeant, modo de voluntate conſtet. Equidem adhuc dubitari poſſet, an inter codicillos & teſtamentum militare realis differentia*

 oſten-

Digitized by Google

oſtendi poſſit, cum alias heredis inſtitutio hæc duo inter ſe diſtinguat, plures autem reperiantur, qui heredis inſtitutionem in teſtamentis militaribus minus neceſſariam eſſe velint, eo quod inſtitutio hæc ex jure civili ſit, qualia quæ ſunt militibus remiſſa videntur pr. I. de milit. teſtam. *& ſola tantummodo voluntas militis pro teſtamento habenda eſt* l 34. §.2. ff. de teſtam. milit. *Joh. Philippi* in obſervat. ad noviſſ. deciſ. elect. Sax. deciſ. obſerv. 46. n. 1. *Donellus* lib. 6. comment. I. civil. c. 11. *Finckelthaus* obſ. 14. qu. 1. *ubi in ſpecie diſquirit de teſtamento tempore peſtis condito, & late probat heredis inſtitutionem ibidem non eſſe neceſſariam, quæ tamen argumenta etiam ad teſtamentum militare quadrant, quin quod* num. 9. *ipſe argumentum exinde deducat, & militis teſtamentum heredis inſtitutionem non requirere doceat. Quæ ſi vera ſunt, Domitiana quæſtio eſt, an teſtes in codicillis militaribus ſint neceſſarii, quia plane ita nulla eſſet differentia ſtatuenda. Verum recte contrarium ſtatuit Dn* Harprecht. de teſtam. pag. in hoſtic. confect. th. 75. num. 9. *cum ſolennia quidem militibus remiſſa ſint, neutiquam vero eſſentialia. Et aliud eſt, an ſolennis heredis inſtitutio neceſſaria ſit; quod negatur. Et aliud, an non aliqua declaratio heredis requiratur, ut diſpoſitio poſſit dici teſtamentum. Nam teſtamentum per hoc dicitur teſtamentum, quod heredis futuri declarationem contineat. Ceterum ſi ſchedulam quandam miles in expeditioue reliquerit, abſque deſignatione heredis, magis pro codicillis militaribus habenda erit.*

§. XI.

Digitized by Google

§. XI.

Ne quidem teſtes requiruntur, ſi codicilli in caſtris fiant.

UT ut vero *de jure Romano certum ſit, in teſtamento militari nullos requiri teſtes, ſive in conflictu, ſive in caſtris conditum fuerit, ſed ſufficere, ſi qualicunque ſcriptura voluntas defuncti probetur* l.24. pr. l.40. pr. ff. de teſtam. milit. l.15. C. eod. *Richter*. deciſ.38. num.7. *Dn. Stryk*. de caut. teſtam. c.9. §.13. *ut adeoque recipi non poſſit ſententia* Collegii jur. Arg. tit. de milit. teſtam. *exiſtimantis, ad minimum duos teſtes eſſe neceſſarios, tamen in* ordin. Maximil. de anno 1512. rubr. de teſtamentis §. & debent, *hoc tantum reſtrictum eſt ad milites in conflictu exiſtentes, ceteris, qui in caſtris poſiti ſunt, neceſſitas impoſita eſt, ad minimum adhibendi duos teſtes per verba*: Vel equitum, qui in caſtris eſſet, & in acie, tum remittitur teſtium numerus uſque ad duo. *Carpz*. p.3. c.4. deſ. 26. *Hinc quæſtio exſurgit: an hæc diſtinctio etiam ad codicillos pertineat, ita ut miles in caſtris per codicillos diſponens ad minimum duos teſtes adhibere debeat? Quod affirmandum eſſe videtur ex hiſce rationibus* (1) *quod Maximilianus in* eodem §. *etiam de codicillis diſponat, & ſic quoque utrumque caſum ſub ſua nova diſpoſitione complecti voluiſſe videtur*; (2) *quod hic quoque eadem ratio adeſſe videatur, cum etiam hic ceſſet præſens periculum, & quod facillime in caſtris duo teſtes reperiri queant Carpz*. cit. l. n.8. (3) *quod alias plerumque argumentum a teſtamentis ad codicillos va-*

Digitized by Google

valeat. Verum quemadmodum expeditum eſt, de jure communi nec in teſtamento, nec in codicillis militum in expeditione conſtitutorum teſtes requiri, ſed per dict. Receſſ. *in teſtamentis militaribus novi quid conſtitutum eſſe, ita tamdiu in diſpoſitione juris Romani ſubſiſtendum eſſe cenſeo, donec etiam in codicillis hæc correctio doceatur.* H*æc vero nec ex* cit. R. *colligitur, quippe qui tantum de teſtamentis militum loquitur, & codicillos a teſtamento clare diſtinguit, nec ratione ſolennium valet argumentum a teſtamentis ad codicillos, cum utraque diſpoſitio propria ſua requiſita habeat, nec ordinarie idem numerus teſtium in codicillis neceſſarius ſit, qui in teſtamtis requiritur. Suppono autem clare conſtare de voluntate codicillos ſcribentis, ex ſcriptura ipſa, nam alioquin ad eam probandam aliquando ex accidenti teſtes erunt neceſſarii. Et quidem tales codicilli militares per ſe ſubſiſtunt, nec ex teſtamento antecedente vires ſuas ſortiuntur, adeoque illo vel maxime concurrente (forſan quod extra expeditionem conditum fuerit, & defectu quodam laboret) tamen codicilli militares ſubſiſtunt* L. 8. §. 4. ff. de jure codicill.

§. XII.

Vel ſi paganus in hoſtico codicillos fecerit?

I*N codicillis a pagano in hoſtico confectis itidem omnia ſolennia remiſſa ſunt, neque teſtium numerus deſideratur. Ut ut enim* in l. f. ff. de teſtam. milit. & in l. un. ff. de B. P. ex teſtam. milit. *tantum mentio teſtamentorum fieri*

fieri videatur, tamen ad codicillos diſpoſitio juris omnino quoque pertinebit. Unde ſi paganus in hoſtico conſtitutus tantum legata relinqueret, nullum ſcribendo heredem diſpoſitionem talem per modum codicillorum valere ait Dn. Harprecht de teſtam. pagan. in hoſtic. confect. th. 57. n. 12. *Ceterum ut tales codicilli abſque omnibus ſubſiſtant teſtibus, neceſſarium eſt* (1) *ut paganus, quicunque demum fuerit, modo alias teſtamenti factionem habeat, fuerit in hoſtico tempore eo, quo codicillos ſcribit, conſtitutus, h. e. vel in ipſo conflictu vel in procinctu ad confligendum cum hoſte, neque enim, qui in caſtris verſantur, idem privilegium conceſſum eſt: Carpz.* P. 3. C. 4. de f. 14. (2) *ut etiam in hoſtico deceſſerit. Quodſi enim periculum præſens evadat, jam ſatis commodam ſolenne teſtamentum condendi occaſionem habet. Ad dubia, quæ hic moveri poſſent, reſpondet Dn. Harprecht* cit. l. th. 39. *quo ipſo ſatis manifeſta deprehenditur differentia codicillorum militarium, & paganorum, in hoſtico tamen confectorum.*

§. XIII.

Codicilli tempore peſtis conditi an teſtes requirant?

C*Eterum gravior quæſtio eſt, an codicilli tempore peſtis ſcripti teſtes deſiderent? Hoc ſatis expeditum eſt, teſtamenta tempore peſtis condita de conſuetudine Germaniæ coram duobus teſtibus confecta ſubſiſtere, ut ut in jure civili de ſeptenario teſtium numero nihil remiſſum ſit. Mynſ.* cent. 5.

Digitized by Google

cent.5. obſ.96. *Gail.* 2. obſ.118. num.18. ***Dn. Stryk.*** de caut. teſtam. c.11. §.3. *Cum itaque vel duo teſtes hodie in teſtamentis tempore peſtis conditi ſufficiant, pauciores autem teſtes ordinarie in codicillis quam in teſtamentis requirantur, dicendum videtur, in ejuſmodi codicillis nullos teſtes eſſe neceſſarios. Verum ab hac ſententia communiter Dd. recedunt, atque in codicillis hiſce quoque duos teſtes neceſſarios eſſe ſtatuunt* Carpz. P.3. C.4. def.3. 13. *Berlich.* P.4. concl.2. num.14. ſeqq. *Habn. ad Vveſenb.* tit. de m. c. donat. n.6. *tum quod codicilli quoque ſub generali denominatione teſtamentorum veniant* Carpz. cit. l. num.3. *tum etiam quod hic inter codicillos & teſtamenta perpetua proportio non habeat locum. Verum Carpzovius non ſatis hac in re ſibi conſtat. Exiſtimat duos teſtes de jure gentium ad omnem ultimam voluntatem pertinere, nec de hoc numero quid remitti poſſe, cum ad probationem hi teſtes ſpectent, conf.* Carpz. cit. l. def.13. & lib.6. reſp.13. n. 10.11. *quo poſito teſtes non ſunt neceſſarii, quando ſcilicet nulla probatione per teſtes opus eſt, quippe quæ alias ex ſcriptura haberi poteſt. Et tamen deinceps in fine* def. 3. cit. *ſubjungit, ſe concedere, patrem inter liberos peſtis tempore ſola ſcriptura abſque teſtibus codicillos condere poſſe, quo ipſo ſane rurſus revocat, quod antea dixerat, ſcil. teſtes de jure Gentium in diſpoſitionibus ultimis requiri; Si enim per ſe requirerentur, nec in patris teſtamento abeſſe poſſent, in quo, quæ juris Gentium ſunt, haud remiſſa ſunt. Itaque prædictæ rationes non ſtringunt, ſed aut nulli teſtes erunt neceſſarii, aut ſi ſunt neceſſarii, alia ſunt ſubſtituenda fundamenta.* H*æc vero cum deficiant, in priori ſubſiſtendum* eſt

Digitized by Google

eſt ratione, quod, ubi conſtet de voluntate codicillantis, teſtes non neceſſarii ſint.

§. XIV.

Quando pater per codicillos diſponit inter liberos, teſtes non requiruntur.

QUando porro pater diſponit inter liberos per codicillos, nullos tunc teſtes eſſe neceſſarios, concedunt Dd. cum nec in teſtamento hujuſmodi neceſſarii ſint Carpz. P.3. C.4. def.3. n.10. *&* def. 17. *nec in diviſione paterna* l. f. C. fam. herciſc. *ſed ſufficiat, ſi de voluntate patris conſtet.* Carpz. cit. l. def. 22. Hoc *tamen tantum intelligendum de caſu, ſi inter ſolos liberos pater diſpoſuit. Quodſi enim extraneæ perſonæ in hujuſmodi codicillis quid eſſet relictum, teſtium copia quoad ſubſiſtentiam legati vel fideicommiſſi extraneo relicti deſideratur in* Nov.107. c 1. *& cum numerus teſtium in jure non determinatus ſit verbis expreſſis, vel duos ſufficere exiſtimant Carpz.* cit. l. def.20. *Richter* deciſ.29. num.88. *& hoc quidem arg.* l.12. ff. de teſtibus. *Verum hæc ſententia dubia vel inde eſt, quod hic teſtes non ad ſolam probationem, ſed potius ad ſolennitatem a legibus requiſitam requirantur, & quod potius pro ſubſtrata materia teſtium numerus determinandus ſit. Scilicet reſpectu extranei codicilli ſua ordinaria requiſita habere debent, & ſic potius quinque requiruntur, ſi antea teſtamento confirmati haud fuerint ill. Dn. Stryk.* de caut. teſtam. c.10. & 24.

Digitized by Google

§. XV.

Codicilli in favorem piarum cauſarum facti teſtes non requirunt.

*D*ENique codicillos, quibus piis cauſis proviſum eſt, teſtes nullos requirere, conſtanter aſſerimus. Licet enim non deſint, qui nullum legatum piis cauſis relictum abſque duobus teſtibus ſubſiſtere ſtatuant, quod Pontifex in* c. 11. X de teſtam. *duorum vel trium teſtium mentionem faciat.: Fachin.* lib.4. contr. c.3 *Finckelthaus* obſ.78. qu.2. *Carpz.* P.3. C.4. def.33. n.8. *Goſvvin ab Eſbach* ad Carpz. c. l. num.8. *tamen pluribus jam contrarium oſtenſum eſt ab ill. Dn. Strykio* de caut. teſt. c.12. §.6. *cum non poſſit oſtendi, Pontificem ſub præciſa neceſſitate, duorum vel trium teſtium præſentiam requiſiviſſe, ſed tantum ad nudam certitudinem voluntatis ſeu probationem, quæ ſupervacua eſt, quoties alias de voluntate teſtatoris conſtat.* Hoc ipſum *ſatis indicat raro ſubjecta in* cit. text. *dum Pontifex provocat ad vulgatum illud juris divini* : in ore duorum aut trium teſtium omnis veritas conſiſtet, *quod aſſertum ad ſolam probationem reſpicit. Plura ſuperaddere deſiſto, qui ſolum caſus referre ſtudui, quibus codicilli abſque teſtibus ſubſiſtere poſſunt id quod ea, qua fieri potuit, brevitate & perſpicuitate, me executum eſſe confido. DEO interim ſit laus, & gloria.*

IN-

INDEX

RERUM, AC VERBORUM TOTIUS OPERIS.

Primus numerus paginam notat, alter proprium cujuſque §. numerum. Literæ vero ſpectant adnotationes.

A

A Ctus ſolemnis in jure quis dicatur pag. 143. & ſeq. n. 2.
Actus ſolemnis haberi nequit, cui revera juris ſolemnia non adhibeantur. 214. & ſeq.
Actus ſolemnes non admittebant teſtimonium feminarum. 157.
Agnatione poſtumi codicilli ab inteſtato non evaneſcunt. 62.
Antonii Fabri ſententia de codicillis anterioribus, ac poſterioribus teſtamento. 112. & ſeq. n. 5.
Auguſtus quemadmodum auctor fuerit codicillorum. 13. & ſeq.

B

B Artoli commentum de codicillis, ſive ſchedulis ſine ſolemni teſtium adhibitione. 187. & ſeq.
Bartolus falſo interpretatur *L. ſi ita ſcripſero* 38. *de cond. & demonſtr.* 199. & ſeq. num. 7.
Bartolina paradoxa de codicillis, ſive ſchedulis teſtamento confirmatis. 204. & ſeq. n. 1.
Baſilicorum libris cur prætermiſſum vetus juris diſcrimen inter codicillos confirmatos, ac non confirmatos? 166. & ſeq. n. 8.
Uno tantum loco illud deprehenditur, & quare? 168. & ſeq.
Bynkershoekius Tribonianum tuetur. 114. n. 7.
Boehmeri diſputatio *de codicillis ſine teſtibus validis* quo ſpectet. 185. n. 2.

Ejus ſumma exponitur. 186. & ſeq.
Boehmerus quemadmodum perveterit codicillorum doctrinam 5.
Boehmerus turpiter hallucinatur, quum ex epiſtolarum formulis repetit fideicommiſſa in codicillis. 21.
Item, quum agnoſcit inſtitutionem heredis in codicillis teſtamento confirmatis. 190. & ſeq. n.5.
Perperam interpretatur *L. ſi ita ſcripſero* 38. *de cond. & demonſtrat.* 199. & ſeq. n.7.
Falſo argumentatur, quum in codicillis confirmatis tollit ſolemnem teſtium præſentiam. 204. & ſeq. n.1.
Non recte arbitratur, quum in teſtationibus privilegiariis credit excipere codicillos a Theodoſii præſcripto. 245. & ſeq. n. 1.
Vel quum hoc idem agnoſcit in ſpecie *L. ult. C. de fideicommiſſis.* 247. & ſeq. n.3.

C

CAutiones, & chirographa concipi ſolebant cum ſalutis præfatione. 27.
Clauſula, quam vocant *codicillarem*, unde manaverit. 67.
Qua formula concipiebatur. 68.
Quando expreſſe, & quando tacite teſtamento ineſſe dicatur. ibid.
Quid ſit, cujuſque ſit vis, ac poteſtatis. 67. & 76.
Non admittitur, niſi ſaltem habeatur ex tacita teſtatoris voluntate. 70. & ſeq.
Exempla afferuntur. 68. & ſeq.
Per illam transformantur teſtamenta in codicillos ab inteſtato. 67.
Admitti poteſt in teſtamentis inter liberos, licet nihil teſtator de ea cogitaverit. 71. & 72. n.4.
An jure valere dicatur, ſi conſtet eam adjectam eſſe magis ex conſueta Tabularii formula. 73. & ſeq. n.6.
An ineſſe omnino videatur in teſtationibus privilegiariis, puta militum, ad pias cauſſas? &c. 74. & ſeq. n.7.
Tantum valent teſtationes, in quibus hæc clauſula adiiciatur, quantum ſi teſtator feciſſet codicillos ab inteſtato. 76.
An

Digitized by Google

An vi hujus clauſulæ conſiſtet teſtatoris voluntas, ſi repudiata ſucceſſione a legitimis proximioribus heredibus devolvatur hereditas ad remotiores? 77. & ſeq.
An præteritione poſtumi inſcienter facta conſtare poſſit voluntas hujus clauſulæ adjectione? 78. & ſeq. n. 10.
An præterito filio in teſtamento, vel injuſte exheredato vi clauſulæ retineatur voluntas in vim fideicommiſſi? 80. & ſeq. num. 11.
An ex teſtamento fratris perſona turpi inſtituta maneat voluntas, ſi clauſulam teſtator in teſtamento adjecerit? 81. & ſeq. n. 12.
Ceteræ Pragmaticorum quæſtiones de clauſula codicillari. 82. num. 13.
Nequit clauſula jure novo locum habere, niſi in teſtamento ſaltem adhibeatur ſolemnis quinque teſtium numerus. 82. num. 13.
Codex, ſive *Caudex* quid apud latinos. 8. & ſeq. n. 1.
Codices quemadmodum diſtinguebantur a *Voluminibus*. 9.
Codices qua forma conficiebantur. 9.
Codicis nomine veteres ſignificabant quoque teſtamentorum tabulas. 12. n. 3.
Codicilli erant parvi Codices. 10. n. 2.
Codicilli cur dicti *cerati*? ibid.
Codicilli dicebantur quicquid ſcriptum eſſet in tabellis ceratis 10. & ſeq.
Codicillorum nomine cur epiſtolæ quoque ſignificabantur? 11.
Codicillorum nomine quid veniat in jure. 12. n. 3.
Codicillorum materia a nemine adhuc plenius pertractata. 7.
Codicillorum nomen unde dictum. 8. & ſeq. n. 1.
Codicilli cur plurativo numero potiſſimum dicerentur? 13.
Codicillorum origo. ibid. & ſeq.
Codicillorum una ferme juris norma ab Auguſto ad Conſtantini Magni ætatem. 16. & ſeq.
Codicillorum definitio. 17. n. 1.
Codicilli quemadmodum diſtinguuntur a teſtamentorum ratione. 18. & ſeq.
Codicilli poſteriores priores non rumpunt, niſi per poſteriores expreſſe revocentur. 23.
Co-

Digitized by Google

Codicilli jure veteri non erant ſolemnes. ibid. & ſeq.
Codicilli potiſſimum concipi ſolebant cum ſalutis præfatione. 26. & ſeq. n.3.
Codicilli nequeunt conſiderari in jure, tamquam epiſtolæ familiares. 27. & ſeq.
Codicilli ſcribi, ac ſignari poterant vel propria teſtatoris, vel aliena manu, ac ſignis. 23. n.5. & 29. n.5.
Codicilli apud veteres an fierent quoque per nuncupationem? 42. & ſeq.
Affirmatur contra Antonium Fabrum, Heineccium, ac Boehmerum. 16.
Codicilli per nuncupationem quemadmodum introducti 46. & ſeq.
Codicilli jure veteri licet non ſolemnes, atque conſcripti aliena manu, quam teſtatoris teſtes etiam deſiderabant, eorumque ſigna. 32. & ſeq.
Codicilli quemadmodum conveniant cum teſtamentis. 42. & 49.
Codicillos facere is poteſt, qui & factionem teſtamenti habeat 49. num. 1.
Codicilli jure Pandectarum quot modis fierent. 51. & ſeq.
Codicillorum varii modi paulatim introduci cœperunt. 55. & ſeq. n.4.
Codicilli ad teſtamentum pertinentes qui 51. & ſeq.
Codicilli ab inteſtato qui 54. & ſeq. n.3.
Codicillorum ab inteſtato, ſive ſine teſtamento vis, atque poteſtas. 58. & ſeq. n.2.
Codicilli ab inteſtato vicem teſtamenti exhibent. 61.
Codicilli ab inteſtato quo pacto differant a codicillis ad teſtamentum factis. ibid. n.5.
Codicilli *per fideicommiſſum teſtamento facto* qui. 53. & ſeq.
Cujus poteſtatis fuerint. ibid.
Codicillorum ad teſtamentum pertinentium una communis juris regula. 83. & ſeq. n.2.
Codicilli ad teſtamentum pertinentes partes intelliguntur teſtamenti, ac ſequela. ibid.
Codicillos qui arguit teſtamentum improbare non videtur. 85.
Codicilli confirmati teſtamento quid. 86. n.3.
Et quemadmodum jure Pandectarum a non confirmatis diſtinguerentur. 87. & ſeq.

Digitized by Google

Codicillis confirmatis conſtabant legata, ac relicta verbis directis. 89. & ſeq. n.5.
Codicillis non confirmatis teſtamento non ſecus conſtabant relicta, ac per verba precativa, ſive per fideicommiſſum. ibid.
Hujus diſcriminis ratio quæ? ibid.
Codicillorum nomine proprie ſignificabantur codicilli confirmati teſtamento. 103. & ſeq.
Codicilli anteriores teſtamento quemadmodum a poſterioribus differrent. 107. & ſeq. & 125.
Codicillorum nomine veniunt epiſtolæ, ſchedulæ, ſive quævis ſuprema voluntas præter teſtamentum. 191. & ſeq. n.1.
Codicillorum confirmatio in futurum. 52.
Codicillorum confirmatio in præteritum. ibid.
Codicillorum confirmatio quando utrumque tempus complectatur. ibid.
Codicillorum certi generis confirmatio. 52. & ſeq.
Codicilli quid ſi confirmarentur aliis poſterioribus codicillis? 115. & ſeq.
Codicillorum confirmatio jure veteri eo ſpectabat, ut quicquid iis ſcriberetur veluti in teſtamento ſcriptum videretur. 93. & ſeq. n.7.
Atque ut teſtamenti tempus magis *quam codicillorum ſpectaretur*. 94. & ſeq. n.8.
Codicilli confirmati, ac non confirmati in unam juris normam ex Juſtiniano adducti. 163. & ſeq.
Codicilli tum confirmati, tum non confirmati jure novo non conſtant, niſi adhibita ſolemni quinque teſtium præſentia. 189. & ſeq. & 206. & ſeq. n.3.
Codicillorum confirmatio in teſtamento, vel alia noviſſima ſcriptura cujus eſt utilitatis jure novo. 172.
Codicillorum confirmatio variam complectitur intelligentiam 116. & ſeq.
Codicillorum diviſio ex Triboniano. 164. & ſeq. n.7.
Codicilli jure irriti non ſecus valent, quam ſi heres eos ratos habuerit. 236. n.15.
Conſtantini, vel Conſtantii conſtitutio de juris ſolemnibus in codicillis ab inteſtato. 130. & ſeq. & 207. & ſeq.
Cujacii ſententia de codicillis anterioribus, ac poſterioribus teſtamento. pag. 113. & ſeq. n.6.

Diale-

D

Dialectices rectus uſus in juris arte perquam utiliſſimus. 2.
Ejus deſcriptio ex Cicerone. ibid.
Dialectices perturbata ratio Juriſprudentiam corrumpit. ibid.
Diocletiani reſcriptum de teſtium præſentia in codicillis explicatur. 39. & ſeq. n. 11.
Diocletiani ætate nil prorſus immutatum a veteri jure Codicillorum. 128. & ſeq. n. 2.
Donellus Hugo merito arguitur ab Oſualdo Hilligero 187. n. 2.
Donellus præpoſtere utitur veterum Conſultorum ſententiis pro interpretatione conſtitutionis Theodoſianæ. 192. & ſeq. n. 2.
Falſo etiam argumentatur, quum a codicillis confirmatis tollit ſolemnem quinque teſtium præſentiam. 204. & ſeq. n. 1.
Duareni ſententia de codicillis anterioribus, ac poſterioribus teſtamento. 111. & ſeq. n. 4.
Duorum teſtium numerus ſatis habebatur jure veteri ad voluntatis probationem in codicillis. 41. num. 12.

E

Epiſtola quo differat a Codicillis. 11. & ſeq.
Epiſtola fideicommiſſaria quæ. 103. & ſeq.
Sincera ejus intelligentia ex juris locis eruitur. ibid.
Epiſtolarum nomine veteres proprie ſignificabant codicillos teſtamento non confirmatos. ibid.
Everardus Otto non recte árbitratur de teſtium præſentia in codicillis ex jure veteri. 25.

F

Eminæ an teſtes eſſe valeant in Codicillis? 153. & ſeq.
Fideicommiſſum tum ſingulare, tum univerſale quemadmodum in codicillis admiſſum. 20. & ſeq.
Fdeicommiſſum *nominatim* ab aliquo herede legitimo relictum, ſi eo repudiante ſucceſſio ad alium devolvatur non debetur. 63.

Fidei-

Fideicommiſſa recte relinquebantur in Codicillis non confirmatis teſtamento. 89. & ſeq. n.5.
Fori recepta ſententia quæ? 219. & ſeq. n.2.
Formula *nuncupationis teſtamenti* in teſtamentis per æs, & libram. 222.
Formularum ſuperſtitiones ſublatæ a Conſtantino, ſive a Conſtantio, & Conſtante ejus filiis. 159. & ſeq. n.2.

G

GAlvanus non recte argumentatur, quum credit Codicillos jure novo non ſelemnes. 149. & ſeq. n.5.
Nec, quum ex jure novo unam facit rationem libertatis directæ, ac fideicommiſſariæ. 168. lit.e.
Giphanii ſententia refellitur de nulla teſtium præſentia in codicillis ex jure veteri. 25.

H

HEineccii ſententia refellitur de adhibitione teſtium in codicillis probationis, non ſolemnitatis cauſa. 157. & ſeq.n.4.
Heineccius temere Boehmero ſubſcribit, quum nullam teſtium præſentiam agnoſcit in codicillis ex jure veteri. 25.
Heredis inſtitutio codicillis ſcribi nequit, ne confirmatis quidem teſtamento. 190. & ſeq. n.5.
Heredis nomen recte ſcribitur codicillis, licet ejus inſtitutio fieri nequeat, niſi teſtamento. 194. & ſeq.
Hereditas nec dari, nec adimi poteſt in codicillis. 18. & ſeq.
Tum in primo, tum ulteriori inſtitutionis gradu. ibid.
Hereditas in teſtamento data quo caſu recte adimatur in Codicillis. 175. & ſeq.
Hotomani ſententia de Codicillis anterioribus, ac poſterioribus teſtamento. 111. & ſeq. n.4.

I

IDem, ac *diverſum* quid? 240. & ſeq. n.19.

Identitatis notio quæ? ibid.
Identitas ſcripturæ quomodo habeatur. ibid.
Indicium quid. 120.
Inſtitutioni heredis pure datæ in teſtamento, nequit adjici conditio in codicillis. 19.
Inteſtatus cur mori dicatur, qui decedit cum codicillis ſine teſtamento? 60. & ſeq. n.4.
Jure novo quo pacto differant codicilli anteriores a poſterioribus teſtamento. 181. & ſeq.
Jure Pandectarum in legatis rigor, in fideicommiſſis ſola defuncti voluntas ſpectabatur. 162.
Juris regulæ de Codicillis confirmatis teſtamento ſublatæ ex Juſtiniano. 170. & ſeq. n.10.
Juriſconſulti dictare ſolebant teſtamenta. 68. lit.d.
Juriſprudentiæ Forenſis perturbatio unde proceſſerit. 1. & ſeq.
Juris reſtauratio quemadmodum hodie in foro excitari cœperit. 3. & ſeq.
Sed quibus difficultatibus pateat. 4. & ſeq.
Jus codicillorum una juris norma ſtetit ab Auguſto ad Conſtantinum Magnum. 16. & ſeq. n.3.
Et quemadmodum a Conſtantino deinceps variaverit. 127. & ſeq.
Jus novum de codicillorum modis. 158. & ſeq. n.1.
Jus novum de ſolemni quinque teſtium numero in quibuſcumque codicillis religioſe hactenus ſervatum, in Italia præſertim. 220. & ſeq. n.3.
Juſtiniani indoles in novo jure condendo. 138.
Juſtiniani conſtitutio de relictorum probatione in fideicommiſſis. pag. 140. & ſeq.
Juſtinianus ſuſtulit differentiam inter verba civilia, ac vulgaria. 161.
Juſtinianus credidit, nil inſertum in Pandectarum libris, quod vel antiquatum, vel cum novo jure pugnaret. 185. & lit.a.
Juſtinianus imitatus eſt in manumiſſionibus, quod Theodoſius ſtatuerat in codicillis. 138. & ſeq. n.9.
Jus vetus Codicillorum quemadmodum committendum cum jure novo. 173. & ſeq.

La-

Digitized by Google

L

LAbeonis indoles. 15. & ſeq.
Ejus exemplo codicilli optimo jure admiſſi. ibid.
Legata jure veteri non conſtabant niſi ſcripta vel teſtamento, vel Codicillis confirmatis. 89. & ſeq. n.5.
Legata cum fideicommiſſis confuſa. 159. & ſeq. n.2.
Legatorum idem jus in Codicillis anterioribus, ac poſteriotibus teſtamento. 108. & ſeq. n.2.
Legatum in teſtamento datum videtur, licet ejus quantitas deſcribatur in codicillis. 199. & ſeq. n.7.
Lex Cornelia de falſis perducta etiam ad codicillos. 36. n.9.
Lex 77. *de heredibus instituendis*, & *lex* 10. *de conditionibus inſt.* plenius exponuntur. 192. n.2.
Lex *ſi ita ſcripſero* 38. *de condit. & demonſt.* a calumniis Interpretum vindicatur. 199. & ſeq. n. 7.
Libertas directa an etiam jure novo a fideicommiſſaria diſtinguatur? 168. & ſeq.
Librorum appellatione quid veniret. 10. lit.a. & 6.
Literarum comparatio refertur inter fallaciſſimas ſcripturæ probationes. 35. & ſeq.
Quemadmodum eam admiſerit Juſtinianus. 36.
Hujuſmodi ſcripturæ probationis nullum proſtat veſtigium apud veteres. 35.

M

MAncipationis uſus in teſtamentis Conſtantini ætate adhuc uſitatus. 131.
Militibus conceſſum eſt hereditatem dare, vel adimere etiam in codicillis. 19. & ſeq.

N

NEroniano S. C. temperari cœpit formularum ſuperſtitio in legatis. 159. n.2.
Novo jure an codicilli ſint ſolemnes? 142. & ſeq.
Novum jus codicillorum ad duo ſumma capita refertur. 129.

Novum jus de ſolemni quinque teſtium numero in codicillis cui tribuendum. 134. & ſeq. n. 5.
Numerus ſeptem teſtium in teſtamentis, & quinque in codicillis unde manaverit. 133. & ſeq.
Nuncupatio teſtamenti quid apud veteres. 221. & ſeq. n. 4.

P

PAndectarum leges ſæpiſſime diſcrepant ab Imperatorum conſtitutionibus in codice inſertis. 184. & ſeq.
Papiniani difficilis locus exponitur de codicillis anterioribus teſtamento. 110. & ſeq.
Pauli Caſtrenſis commentum in L. *fi. ita ſcripſero de condit. & demonſtr.* 188.
Peregrinis haud interdicebatur teſtimonium perhibere. 26.
Plinii ætate codicilli, qui teſtamento non eſſent confirmati, jure non conſtabant. 56. & ſeq.
Pragmatici quemadmodum deſciverint a ſincera legum meditatione. 2. & ſeq.
Pragmatici ſæpe pervertunt ſententias legum codicis cum Pandectarum libris. 184. & ſeq.
Pragmaticorum errores in recta intelligentia clauſulæ *Codicillaris*. 73. & ſeq.
Pragmaticorum diffidia de teſtium præſentia in codicillis teſtamento confirmatis. 188. & ſeq.
Pragmaticorum vulgus confundit ſchedulam ſolemniter nuncupatam cum ſchedula teſtamento confirmata. 225. & ſeq.
Principum diplomata cur dicti codicilli 2. 12.
Probatio *identitatis* ſcripturæ nullo pacto habebitur in ſchedulis teſtamento confirmatis. 240. & ſeq. n. 19.
Pluribus teſtamentis quis decedere nequit, licet poſſit pluribus codicillis. 22. n. 4.

Q

QUæ res facti, & quæ juris eſſe dicantur. 213. & ſeq. n. 12.
Quod in facto conſiſtit etſi ex jure ſit, fictionem non admittit. ibid.
Quod vero juris eſt fictionem recipere poteſt. ibid.

Quæ-

Quæſtiones ad factum pertinentes non tam Juriſconſultorum, quam Judicis cognitionem ſpectabant. 28. n.4.
Quæſtio voluntatis, an teſtator codicillos ab inteſtato facere intellexerit, an teſtamentum; quo pacto definiri valeat. 64. & ſeq.

R

R*Ecte* factum quid. 143. & ſeq. n.2.
Rite factum quid. ibid.
Ritus, ac *Rite* quid. 145. & ſeq. lit.a.

S

SAcra Rota Romana quemadmodum probaverit ſchedulas teſtamentarias ſolemniter nuncupatas. 227. & ſeq. n.10.
Atque quid ſervari debeat in hujuſmodi ſchedulis. ibid.
Exponuntur duo reſponſa Sacræ Rotæ Romanæ. 228.& ſeq.n.11.
Salutationem veteres præmittere ſolebant etiam in relictis in teſtamento. 27.
Scævolæ locus exponitur de codicillorum fide. 34. & ſeq.
Scævolæ mos in reſpondendo. 37. n.10.
Schedula ſolemniter nuncupata quo differat a ſchedula teſtamento confirmata. 225. & ſeq.
De ſchedulis non ſolemnibus teſtamento tamen confirmatis duæ tantum ſpecies proſtant in collectionibus decretorum Italiæ. 235. & ſeq. n.14.
Ambæ exponuntur. ibid.
Ideo admiſſæ, quod heres ratas eas habuiſſet. ibid.
Schedula ſolemniter nuncupata moribus noſtris recepta, & quare. 226. & ſeq. n.9. & 234. & ſeq. n.14.
Schedula non ſolemnis, teſtamento tamen confirmata nullibi hactenus admiſſa, niſi ubi deſciverint a jure Juſtinianeo. ibid.
S.C. de certa forma adhibenda in tabulis publici, privatique contractus. 31.
S. C. Liboniano quemadmodum tenebatur qui ſcripſiſſet confirmationem codicillorum in teſtamento. 109.
Servius Sulpicius ceteris Juriſconſultis a Cicerone anteponitur, quod Dialectica præſtaret. 2.

Se-

Severi, & Antonini reſcriptum a Triboniano relatum exponitur. 123. & ſeq. n. 11.
Signatores qui dicebantur. 31.
Solemnia teſtamentorum a Conſtantino, vel Conſtantio perducta ad codicillos ab inteſtato. 130. & ſeq.
Solemnia codicillorum ex Theodoſio. 148.
Solemnia teſtamenti transferri nequeunt ad codicillos confirmatos. 211. & ſeq. n. 9.
Solemnia etſi ex jure ſint, in facto tamen conſiſtunt. 214. & ſeq. n. 13.
Solemniora teſtamenta, quam codicilli. 150. & ſeq. n. 6.
Solemnis numerus teſtium quis dicatur. 150.
Solemnitatis diſcrimen inter ſolemnitatem *ordinationis*, ac *probationis* refellitur. 142. & ſeq. & 152.
Solemnitatis notio in jure quæ? 210. n. 7.
Solemniter actum quid. 146. & ſeq.
Summa diſputationis Boehmeri exponitur. 6.

T

TAbellæ nomine quid veniret. 9.
Tabula quid apud Latinos. ibid.
Tempus tantummodo mortis ſpectatur, quo quis factionem teſtamenti habere dicatur, ut relicta in codicillis per fideicommiſſum valerent. 50. n. 2.
Tempus teſtamenti magis, quam codicillorum ſpectabatur in codicillis teſtamento confirmatis. 94. & ſeq. n. 8.
Varia exempla proferuntur ex juris locis. ibid.
Quando hæc juris regula locum non habuerit. 98. & ſeq. n. 12.
Varia juris loca exponuntur. ibid.
Teſtamentum prius ruptum per poſterius quomodo convertatur in codicillos ad poſterius teſtamentum pertinentes. 105. & ſeq. n. 20.
Teſtamentum qui condit poſt codicillos, ignoratur, an codicillos retinere, an reſpuere intellexerit. 118. & ſeq.
Teſtamentum an unquam revocetur per poſteriores codicillos? 177. & ſeq. n. 5.

Num-

Numquam hoc fiet per codicillos ad teſtamentum pertinentes. ibid.
Bene vero per codicillos ab inteſtato. 178.
Quo caſu an exigatur ſolemnis quinque teſtium numerus? 179. n.6.
Teſtamentum qui arguit & codicillos quoque improbare videtur. 84. & ſeq. n.3.
Teſtamentum *per relationem ad ſchedulam* quomodo reſpondeat veteri nuncupationi teſtamenti. 223. & ſeq.
Teſtari *per relationem ad ſchedulam* quid. 219. & ſeq.
Teſtari per nuncupationem quid. 222. n.5.
Teſtator ſi ſcribat codicillis ab inteſtato inſtitutionem heredis, an hæc conſtare poterit, & quo jure? 64. & ſeq.
Teſtatio proprie quid eſſet apud veteres. 30. & ſeq.
Teſtatio haberi poterat vel ſcriptura, vel ſine ſcriptis. 32.
In teſtationem redigere quid. 30. & ſeq.
In teſtationibus privilegiariis teſtamento non differunt a codicillis. 246. & ſeq.
Teſtes adfuiſſe Codicillis apud veteres probatur ex Scævola. 29. & ſeq.
Teſtis quilibet admittebatur in codicillis ex veteri jure. 41. n.12.
Teſtium præſentia an, & quomodo jure veteri exigebatur in codicillis. 24. & ſeq.
Teſtes in codicillis qui admittantur. 153. & ſeq.
Ex Conſtantino maſculi tantum, non feminæ admiſſæ in codicillis ab inteſtato. 154. & ſeq. n.2.
Ex Theodoſio idem dicendum in omnibus codicillis. 155. & ſeq.
Theodoſii Arcadii filii noviſſima conſtitutio de codicillis. 133. & ſeq.
Hujus Imperatoris ætate exolevit teſtandi ratio per æs, & libram. ibid.
Theodoſii conſtitutio de codicillis quo differat ab illa Conſtantini Magni. 137.
Theodoſii Magni conſtitutio de codicillis. 132. n.3.
Trebatius primum ſuaſit Auguſto codicillorum uſum. 14.
Triboniani locus difficilis de codicillis anterioribus teſtamento exponitur. 111. & ſeq. & 121. & ſeq.

Tribonianus quam rationem ſervaverit in collectione conſtitutionum Imperatorum. 135. & ſeq.
Tribonianus in collectione juris haud præſtitit, quod Juſtinianus juſſerat. 185.

V

VErborum civilium, ac vulgarium diſcrimen retentum ad Juſtinianum uſque. 160. & ſeq. n.3.
Veterum Juriſconſultorum ſententiæ de codicillis caute tranſducendæ ad normam novi juris. 174. & 180.
Ulpiani locus de codicillis per nuncupationem. 47. & ſeq. n.6.
Volumina quemadmodum diſtinguebantur a codicibus. 9.
Volumina quomodo conficiebantur. ibid.
Voluntatis *identitas* quomodo habeatur. 242. & ſeq.
Voluntatis indicium quid. 120. & ſeq.

ERRATA

Pag.15. lin.10. pro	decedebant	*reſcribe*	decederent
Pag.15. lin.11. pro	cogebantur		cogerentur
Pag.25. lin.22. pro	perturbata		perturbate
Pag.89. lin.1. pro	quoa		quod
Pag.96. lin.7. pro	qaaſi		quaſi
Pag.163. lin.26. pro	ofuſo		offuſo
Pag.245. lin.2. pro	leumg		legum

Cetera vero typographica menda quiſque viderit.

VA11525938

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

168
C
12

Digitized by Google